Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Klaus-Henning Busse
aus Nienburg/Weser

Göttingen
1974

Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Klaus-Henning Busse
aus Nienburg/Weser

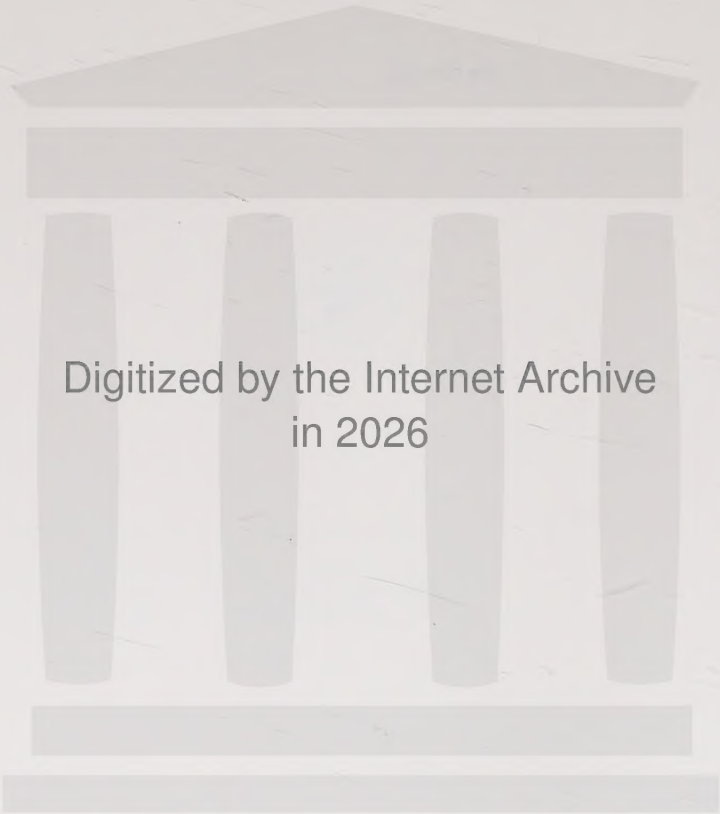
Göttingen
1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Gutachter: Prof. Dr. Eckhard Horn
Mitgutachter: Prof. Dr. Gunther Arzt
Vorgutachter: Prof. Dr. Claus Roxin
Tag der mündlichen Prüfung: 12.2.1974

Gedruckt bei Friedrich Frömke, 32 Hildesheim, Steuerwalder Straße 65

Für Viktoria


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534919_0020

INHALTSÜBERSICHT

	Literaturverzeichnis	VI
	Abkürzungsverzeichnis	XXV
	Vorbemerkung	1
1. Teil:	Das Prinzip der differenzierten Beteiligungslehre bei Unterlassungsdelikten	3
I.	Die Lehren vom undifferenzierten Begriff des Unterlassenden	4
1.	Grünwald	5
2.	Stratenwerth	8
3.	Armin Kaufmann	10
a.	Dogmatische Begründung	10
b.	Empirische Begründung	15
II.	Begründung der differenzierten Beteiligungslehre bei Unterlassungsdelikten	21
1.	Die Stellung der Unterlassungsdelikte im Strafrechtssystem	21
a.	Das Wesen der Unterlassung als Gegenstand der Untersuchung	22
b.	Das tatbestandliche Unrecht als gemeinsamer Bezug von Tun und Unterlassen	25
c.	Die Vereinbarkeit des Unterlassens mit dem Unrecht der Straftatbestände	27
(I)	Die Rechtsgutstatbestände	28
(1)	Die reinen Rechtsgutstatbestände	28
(a)	Die Vorsatztatbestände	31
(b)	Die Fahrlässigkeitstatbestände	39
(2)	Die typisierten Rechtsgutstatbestände	44
(II)	Die Verhaltenstatbestände	53
(1)	Die fehlende Verantwortlichkeit für die Rechtsgutsbeeinträchtigung	56
(2)	Die fehlende Erfüllbarkeit durch eine andere Verhaltensart	58
d.	Die echten und die unechten Unterlassungsdelikte	68
Zusammenfassung zu Ziffer 1		73

2.	Die Anwendbarkeit der §§ 47 ff StGB auf die Unterlassungsdelikte	73
a.	Täterschaft	74
(1)	Alleintäterschaft, Nebentäterschaft	74
(2)	Mittäterschaft	76
(3)	Mittelbare Täterschaft	81
b.	Teilnahme	95
(1)	Beihilfe	96
(a)	Die Lehre von der garantenpflichtlosen Beihilfe durch Unterlassen	99
(b)	Die Lehre von der Unterlassungsbeihilfe ohne Erfolgsabwendungsmöglichkeit	11o
(2)	Anstiftung	116
(a)	Der Gesetzeswortlaut des § 48 StGB	116
(b)	Der Strafgrund des § 48 StGB	12o
(c)	Der Strafgrund der Anstiftung bei verschiedenen Streitfragen	129
(d)	Die Auswirkung des Strafgrundes der Anstiftung auf die Verhaltensweise des Unterlassens	132
Zusammenfassung zu Ziffer 2		139
2. Teil:	Die Unterscheidung des Unterlassens nach Täterschaft und Teilnahme	14o
I.	Leitlinien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	142
1.	Die fremde und die eigene Tat	143
2.	Die Gefährlichkeit des Tatbeitrages	146
3.	Die Zentralgestalt und die Randfigur des Tatgeschehens	148
4.	Die Strafwürdigkeit	15o
II.	Kritik der wichtigsten Abgrenzungslehren von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten	154
1.	Lehren mit gleichen Abgrenzungsmerkmalen für Begehungs- und Unterlassungsdelikte	154

a. Die subjektive Theorie (BGH, Baumann, RGRK) 155
b. Die Tatherrschaftstheorie (Kielwein, Woerner) 162
c. Die Pflichtdeliktstheorie (Roxin) 178
2. Lehren mit besonderen Abgrenzungsmerkmalen für Unterlassungdelikte 198
a. Die Gleichwertigkeitstheorie (Gallas) 199
b. Die wertorientierten Garantenpflichttheorien 2o7
(1) Schröder 2o7
(2) Herzberg 225
c. Die Theorie der abgestuften Garantenstellungen (Schwarz, Lüderssen) 23o
d. Die Theorie des schnellsten und zweckmäßigsten Rechtsgutschutzes (Loewenheim) 244
III. Entwurf einer Lösung der Abgrenzungsprobleme von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten 253
1. Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen 255
a. Das Tätermerkmal der Tatherrschaft 257
(I) Das Tatherrschaftsprinzip bei Unterlassungsdelikten 258
(1) Die Möglichkeit der Tatherrschaft des Unterlassenden 261
(2) Die Erscheinungsformen der Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten 269
(a) Die Willenherrschaft 271
(b) Die Unterlassungsherrschaft 273
(c) Die funktionelle Tatherrschaft 283
(3) Die Reichweite des Herrschaftsbegriffs bei Unterlassungsdelikten 289
(II) Die Auswirkung des Tatherrschaftsprinzips auf die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen 297
(1) Der Unterlassende neben Unterlassenden 298

(a) Allein- und Nebentäterschaft 298
(b) Beihilfe 300
(aa) Fehlende Tatherrschaft 301
(bb) Unvollständige Tatbestands-erfüllung 305
(c) Mittäterschaft 312
(d) Mittelbare Täterschaft 315
(2) Der Unterlassende neben Handelnden 317
(a) Alleintäterschaft 318
(b) Nebentäterschaft 322
(c) Beihilfe 325
(d) Mittäterschaft 330
(e) Mittelbare Täterschaft 333
b. Das Tätermerkmal der Sonder-Pflichtverletzung 350
(I) Das Pflichtprinzip bei Unterlassungsdelikten 352
(1) Die Reichweite des Plfichtprinzips bei Unterlassungsdelikten 354
(2) Allgemeine Auswirkungen des Pflichtprinzips bei Unterlassungsdelikten 362
(II) Die Auswirkungen des Plficht-prinzips auf die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen 368
(1) Allein- und Nebentäterschaft 368
(2) Beihilfe 377
(a) Fehlende Sonderpflicht-verletzung 378
(b) Fehlende Tatherrschaft 380
(3) Mittäterschaft 382
(4) Mittelbare Täterschaft 385
c. Das Tätermerkmal des persönlichen Verhaltens 389
(1) Allein- und Nebentäterschaft 391
(2) Beihilfe 392
(3) Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft 396

2. Beteiligung am Unterlassungsdelikt 399
a. Beteiligung durch Unterlassen am Unterlassungdelikt 399
b. Beteiligung durch positives Tun am Unterlassungdelikt 401
Zusammenfassung 405
3. Die Beteiligung durch Unterlassen am Selbstmord 412

3. Teil: Das tatsächliche und wertmäßige Verhältnis zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten 421
1. Die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen 422
a. Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen 423
b. Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen 425
2. Die Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten 436
a. Die Anwendbarkeit der §§ 73 ff StGB auf Unterlassungsdelikte 437
b. Die Konkurrenzformen zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten 440
(1) Die Formen echter Konkurrenz 441
(2) Die Formen unechter Konkurrenz 447
(a) Die natürliche Handlungseinheit 448
(b) Die Fortsetzungstat 454
(c) Die Gesetzeskonkurrenz 456
(aa) Die Subsidiarität 457
(bb) Die Spezialität 462
(cc) Die Konsumtion 463
3. Gleichwertigkeit von Begehungs- und Unterlassungsdelikten 466

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

(mit Zitierweisen)

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1969 (zit.: AE)

Amelung, Knut Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt 1972

Andenaes, Johannes, Das norwegische Strafrecht, in: Mezger-Schönke-Jescheck, Band 4, S. 263 - 416, Berlin 1962

Androulakis, Nikolaos Konstantin, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München 1963

Arzt, Gunther Die Delikte gegen das Leben, ZStW Bd. 83 (1971) S. 1 - 38

Bärwinkel, Richard, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1968

Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bielefeld 1968 (zit.: Lehrbuch)

- Grundbegriffe und System des Strafrechts, 3. Auflage, Stuttgart 1969 (zit.: Grundbegriffe)

- Betrug durch vom Geschäftspartner nicht verstandene Vertragsformulierung, JZ 1957 S. 367 - 369

- Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?, JZ 1958 S. 230 - 235

- Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963 S. 51 - 59, 85 - 98, 125 - 138

Baumbach, Georg, Die Straflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt, Dissertation, Frankfurt 1967

Baur, Peter Paul, Die Anstiftung - Art 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Winterthur 1962

Behrisch, Christian, Der subjektive Tatbestand der Tötung durch Unterlassen, NJW 1960 S. 471

Beling, Ernst Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, Tübingen 1930

Bemmann, Günter, Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, S. 275 - 280, Berlin 1973

Bertel, Christian, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ 1965 S. 53 - 55

Bettiol, Giuseppe, Das Problem des Rechtsgutes in der Gegenwart, ZStW Bd. 72 (1960) S. 276 - 296

Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band 1. Halbband, 2. Auflage, Leipzig 1914

Bindokat, Heinz, Negative Beihilfe und vorausgegangenes Tun, NJW 1960 S. 2318 - 2320

Blei, Hermann Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassungsdelikt, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 119 - 143, Berlin 1966

Bockelmann, Paul, Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957 (zit.: Untersuchungen)

- Studien zum Täterstrafrecht, Teil I: 1939 - Teil II: 1940, Berlin (zit.: Studien)

- Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 10.2.1941, DR 1941 S. 987 - 989

- Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, NJW 1954 S. 697 - 700

- Betrug verübt durch Schweigen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 437 - 458, Göttingen 1961

Böhm, Alexander, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation, Frankfurt 1957 (zit.: Diss.)

\- Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961 S. 177 - 181

Boldt, Gottfried, Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW Bd. 68 (1956) S. 335 - 373

Bruns, Hans-Jürgen, Zur Problematik rausch-, krankheits- oder jugendbedingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadenersatzrecht (§§ 330a, 42b StGB, 829 BGB), JZ 1964 S. 473 - 482

von Bubnoff, Eckhart, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg 1966

Busch, Richard Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, in: Festschrift für Hellmuth von Weber, S. 192 - 204, Bonn 1963

\- Anmerkung zu BGHSt 19,339, in: LM Nr. 25/26 zu § 48

von Buri, M. Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart 1879

Class, Wilhelm Die Kausalität der Beihilfe, in: Festschrift für Ulrich Stock, S. 115 - 126, Würzburg 1966

Clemens, Otto Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Breslau 1912

von Cleric, G.F., Betrug verübt durch Schweigen, Zürich 1918

Cramer, Peter Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962

\- Anmerkung zu BGHSt 19,339, JZ 1965 S. 30 - 32

Dahm, Georg Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, NJW 1949 S. 808 - 812

Dietz, Wolfgang, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, Bonn 1957

Doerr, Friedrich, Das fortgesetzte Delikt, Beilageheft zu GS Bd. 71, Stuttgart 1908

Dohna, Graf zu, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Bonn 1950

Dreher, Eduard, Die sechste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission vom 21. - 24.7. 1955, ZStW Bd. 68 (1956) S. 71 - 108

- Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.8.1963, MDR 1964 S. 337 - 338

- Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.2.1966, JZ 1966 S. 578 - 581

- Der Paragraph mit dem Januskopf, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, S. 307 - 328, Berlin 1973

Drews - Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin, 1961

Drost, Heinrich, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GS Bd. 109 S. 1 - 63

Engelsing, Herbert W., Eigenhändige Delikte, Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft, Breslau 1926

Engisch, Karl Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (zit.: Untersuchungen)

- Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Beiträge zur Strafrechtwissenschaft - Neue Folge Band 1, Tübingen 1931 (zit.: Kausalität)

- Besprechung des Buches: Armin Kaufmann, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, JZ 1962 S. 189 - 192

- Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, S. 163 - 196, Berlin 1973

Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1960, mit Begründung, Bundesrat Drucksache 270/60, Bonn 1960

Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, mit Begründung, Bundesrat Drucksache 200/62, Bonn 1962

Esser, Albert Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958 S. 321 - 333

Exner, Franz Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Festgabe für Reinhard Frank, Band 1, S. 569 - 597, Tübingen 1930

Fabricius, Fritz, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966 S. 1 - 11, 50 - 60

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931

Franzheim, Horst, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, Berlin 1961

Frede, Helmuth Die Rechtspflicht zum Handeln aus vorangegangenem Tun bei unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation, Hamburg 1961

Friebe, Günther, Soll im kommenden Strafgesetzbuch Unterstützung des Selbstmordes unter Strafe gestellt werden?, GA 1959 S. 163 - 175

Gallas, Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968 (zit.: Beiträge)

- Zur Revision des § 330 c, JZ 1952 S. 396 - 400

- Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht, in: Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, S. 244 - 350, Düsseldorf 1955 (zit.: Unterlassene Hilfeleistung)

- Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 121 - 153, Bonn 1954 (zit.: Materialien)

- Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW Bd. 67 (1955) S. 1 - 47

- Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957, S. 3 - 44, Berlin 1957 (zit.: Täterschaft und Teilnahme)

Gallas, Wilhelm, Strafbares Unterlassen im Falle der Selbsttötung, JZ 1960 S. 649 - 655, 686 - 692

- Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW Bd. 80 (1968) S. 1 - 33

Geerds, Friedrich, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg 1961 (zit.: Konkurrenz)

- Anmerkung zum Urteil BGHSt 18,376, JZ 1964 S. 593 - 596

- Besprechung des Buches: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, GA 1965 S. 216 - 219

Georgakis, Jannis A., Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, Leipzig 1938

Granderath, Reinhard, Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation, Freiburg 1961

Grünwald, Gerald, Das unechte Unterlassungsdelikt - seine Abweichungen vom Handlungsdelikt, Dissertation, Göttingen 1956 (zit.: Diss.)

- Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW Bd. 70 (1958) S. 412 - 432

- Der Versuch des unechten Unterlassungsdeliktes, JZ 1959 S. 46 - 49

- Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959 S. 110 - 125

- Der praktische Fall im Strafrecht, Fallbesprechung, JuS 1965 S. 311 - 315

- Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 143 - 164, Berlin 1966

Hardwig, Werner, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957

- Studien zum Vollrauschtatbestand, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 459 - 487, Göttingen 1961

Hardwig, Werner, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW Bd. 74 (1962) S. 27 - 47

- Der Vollrauschtatbestand, GA 1964, S. 14o - 151

Hassemer, Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt 1973

Heimberger, Joseph, Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg 1896

Heinitz, Ernst Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR 1964 S. 4o3 - 4o6

- Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht, in: Festschrift für den 41. Deutschen Juristentag, S. 91 - 118, Berlin 1955
(zit.: Berliner Festschrift)

Henkel, Heinrich, Methodenprobleme bei den unechten Unterlassungsdelikten, in: Festschrift für Tesar, S. 178 - 193, Monatsschrift für Kriminologie 1961

Herzberg, Rolf Dietrich, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin 1972
(zit.: Unterlassung)

- Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971 S. 1 - 12

von Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Band 2: Das Verbrechen - Allgemeine Lehren, Berlin 193o
(zit.: Strafrecht)

- Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
(zit.: Lehrbuch)

Hoffmann, Wolfgang, Zum Tatbestandsmerkmal "Flucht" in § 142 StGB, NJW 1966 S. 2oo1 - 2oo3

Honig, Richard Martin, Straflose Vor- und Nachtat, Leipzig 1927
(zit.: Vor- und Nachtat)

- Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe für Reinhard Frank, Band 1, S. 174 - 2o1, Tübingen 193o

Höpfner, Wilhelm, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Berlin, 1. Band 19o1 - 2. Band 19o8
(zit.: Einheit und Mehrheit)

Höpfner, Wilhelm, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte, ZStW Bd. 36 (1915) S. 1o3 - 132

Hruschka, Joachim, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit - BGHSt 21,381, JuS 1968 S. 554 - 559

Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1972
(zit.: Lehrbuch)

- Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht, ZStR Bd. 71 (1956) S. 225 - 243

- Die Konkurrenz, ZStW Bd. 67 (1955) S. 529 - 555

Jescheck - Goldmann, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW Bd. 77 (1965) S. 1o9 - 148

Kahrs, Hans-Jürgen, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, Hamburg 1968

Kantorovicz, Hermann, Tat und Schuld, Zürich 1933

Kauczor, Herbert, Ist das Nichteingreifen bei fremdem Selbstmord strafbar gemäß § 33o c?, NJW 1962 S. 479 - 48o

Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959
(zit.: Dogmatik)

- Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961 S. 173 - 177

Kaufmann - Hassemer, Der praktische Fall: Der überfallene Spaziergänger, JuS 1964 S. 151 - 157

Kaufmann, Arthur, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 2oo - 231, Göttingen 1961

- Besprechung des Buches: Franzheim, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1962 S. 782 - 783

Kern, Eduard Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 64 (1954) S. 255 - 291

Kielwein, Gerhard, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955 S. 225 - 232

Klug, Ulrich Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW Bd. 68 (1956) S. 399 - 416

Kohlrausch - Lange, Strafgesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Richard Lange, 43. Auflage, Berlin 1961

Kohlrausch, Eduard, Täter- und Teilnehmerschuld, in: Festschrift für Erwin Bumke, S. 39 - 51, Berlin 1939

Krause, W. Friedrich, Betrachtungen zur libera in causa, insbesondere in der Form der vorsätzlichen Begehung, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 3o5 - 316, Berlin 1966

Krauß, Detlef Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW Bd. 76 (1964) S. 19 - 68

Kubach, Rudolf, Der Versuch des Unterlassungsdelikts, Dissertation, Tübingen 1968

Kubisch, Kalisch, Tateinheit und Tatmehrheit, DJ 1942 S. 97 - 1oo

Lackner - Maassen, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 7. Auflage, München 1972

Lampe, Ernst-Joachim, Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW Bd. 77 (1965) S. 262 - 311

Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil, 1o. Auflage, München 1972

Lange, Richard Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, Berlin 1935 (zit.: Täterbegriff)

- Die notwendige Teilnahme, Abhandlungen der Universität Berlin, Berlin 194o (zit.: notwendige Teilnahme)

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Baldus, Willms, 9. Auflage Berlin 197o - 1973 (zit.: Bearbeiter in LK)

Less, Günter Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW Bd. 69 (1957) S. 43 - 58

Loewenheim, Ulrich, Anstiftung durch Unterlassen, Dissertation, Frankfurt 1962

Lönnies, Otward, Rücktritt und tätige Reue bei unechten Unterlassungsdelikten, NJW 1962 S. 195o - 1952

Lubberger, Peter, Strafbare Teilnahme durch Unterlassen, Dissertation, Heidelberg 1962

Luden, Heinrich, Abhandlung aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 1. Band: Über den Tatbestand des Verbrechens Göttingen 1836
2. Band: Über den Versuch des Verbrechens, Göttingen 184o

Lüderssen, Klaus, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967

Maihofer, Werner, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958 S. 287 - 298

Mannzen, Walter, Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit, ZStW Bd. 54 (1935) S. 217 - 231

Marx, Michael Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut", Köln 1972

Maschinsky, R. Zur Frage von Tateinheit und Tatmehrheit, DJ 1942 S. 5o3 - 5o4

Materialien zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Sammelband, Berlin 1869

Maunz, Theodor Staatsrecht, Lehrbuch, 17. Auflage, München 1969

Maurach, Reinhardt, Deutsches Strafrecht, Band 1: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
(zit.: AT)

- Deutsches Strafrecht, Band 2: Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969
(zit.: BT)

- Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949 Spale 542 - 546

Mayer, Hellmuth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953
(zit.: H. Mayer, 1953)

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1967
(zit.: H. Mayer, 1967)

Mayer, Hellmuth, Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962
(zit.: Strafrechtsreform)

- Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, in: Festschrift für Theodor Rittler, S. 243 - 274, Aalen 1957

- Die folgenschwere Unmäßigkeit - § 330 a, ZStW Bd. 59 (1940) S. 283 - 335

Mayer, Max-Ernst, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 1923
(zit.: M.E.Mayer, Lehrbuch)

Merkel, Adolf Kriminalistische Abhandlungen, Band I, Leipzig 1867
(zit.: Abhandlungen)

Merkel, Paul Anstiftung und Beihilfe, in: Festschrift für Reinhard Frank, Band 2, S. 134 - 160, Tübingen 1930

Meyer-Bahlburg, Hartwig, Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte, Dissertation, Hamburg 1962
(zit.: Diss.)

- Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, MSchrKrim 1965 S. 247 - 253

- Die Garantenstellungen bei den Unterlassungsdelikten, GA 1966 S. 203 - 207

- Unterlassen durch Begehen, GA 1968 S. 49 - 53

Mezger, Edmund Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, München 1933
(zit.: Lehrbuch)

- Die Handlungen im Strafrecht, in: Festschrift für Theodor Rittler, S. 119 - 124, Aalen 1957

- Anmerkung zum Urteil BGHSt 11,1 , JZ 1958 S. 280 - 282

Mezger - Blei Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Studienbuch, bearbeitet von Hermann Blei, 14. Auflage, München 1970
(zit.: StuB AT)

- Strafrecht II, Besonderer Teil, Studienbuch, bearbeitet von Hermann Blei, 9. Auflage, München 1966
(zit.: StuB BT)

Mittelbach, H. Gedanken zur Konkurrenzlehre im Strafrecht, DJ 1940 S. 1490 - 1498

Nagler, Johannes, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903

- Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS Bd. 111 (1938) S. 1 - 121

Nickel, Egbert Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nulla crimen sine lege" (Art 103 Abs.2 GG), Berlin 1972

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. und 12. Band, Bonn 1958
(zit.: Vortragender in Niederschriften, Zahl des Bandes)

Niese, Werner Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951
(zit.: Niese, Finalität)

- Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, JZ 1953 S. 173 - 178

Nowakowski, Friedrich, Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956 S. 545 - 550

Oehler, Dietrich, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 232 - 248, Göttingen 1961

- Konkurrenz von unechten und echten Unterlassungsdelikten - BGHSt 14,282 , JuS 1961 S. 154 - 156

von Olshausen, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bearbeiter: Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner, Gutjahr, 11. Auflage, Berlin 1927
(zit.: Bearbeiter in Olshausen)

von Overbeck, Alfred Freiherr, Unterlassung durch Begehung, GS Bd. 88 (1922) S. 319 - 337

Paehler, Hans-Hermann, Abgrenzung von Beihilfe am Selbstmord und Tötung auf Verlangen, MDR 1964 S. 647 - 659

Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Dankelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 32. Auflage, München 1973
(zit.: Bearbeiter in Palandt)

Paulus, Rainer Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, Neuwied 1968

Pfleiderer, Klaus, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, Berlin 1968

Piotet, Paul Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW Bd. 69 (1957) S. 14 - 42

Preiser, Wolfgang, Aufspaltung der Sammelstraftaten, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW Bd. 58 (1939) S. 743 - 787

- Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen - Einzelstrafen für verschiedene Handlungen einer Mehrheit, ZStW Bd. 71 (1959) S. 341 - 384

Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Darmstadt 1967

Ranft, Ottfried, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1965 S. 340 - 345

Richter, Johannes, Die strafrechtliche Bedeutung der Rechtspflicht zum Handeln, Dissertation, Göttingen 1921

Rieß, Peter Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, NJW 1968 S. 628 - 631

Rittler, Theodor, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1958

Roeder, Hermann, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941 S. 152 - 160

- Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW Bd. 69 (1957) S. 223 - 268

von Rohland, Woldemar, Die Kausalitätslehre des Strafrechts, Leipzig 1903

Roth-Stielow, Klaus, Warte-, Folge-, Rückkehr- oder Selbstanzeigepflichten nach dem Verkehrsunfall, NJW 1963 S. 1188 - 1190

Roxin, Claus Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage, Hamburg 1967
(zit.: Täterschaft)

Roxin, Claus Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW Bd. 74 (1962) S. 411 - 444

- Die provozierte Notwehrlage, ZStW Bd. 75 (1963) S. 541 - 590

- Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964 S. 373 - 381

- Zur Dogmatik der Teilnahmelehre, JZ 1966 S. 293 - 299

- Sinn und Grenze staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 - 387

- Literaturbericht, Allgemeiner Teil: Ulsheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW Bd. 78 (1966) S. 214 - 222

- Literaturbericht, Allgemeiner Teil: Schroeder, Täter hinter dem Täter, ZStW Bd. 78 (1966) S. 222 - 234

- Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, S. 260 - 267, Göttingen 1968

- An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Festschrift für Karl Engisch, S. 380 - 405, Frankfurt 1969

- Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard Honig, S. 133 - 150, Göttingen 1970

Rudolphi, Hans-Joachim, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966 (zit.: Gleichstellungsproblematik)

- Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes, in: Festschrift für Richard Honig, S. 151 - 167, Göttingen 1970

Rutkowsky, Heinz, Die psychisch vermittelte Kausalität, NJW 1952 S. 606 608

Salamon, Jochen, Vollendete und versuchte Beihilfe, Dissertation, Göttingen 1968

Samson, Erich Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt 1972

Sauer, Wilhelm Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin 1921 (zit.: Grundlagen)

- Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, Berlin 1955 (zit.: Strafrechtslehre)

- Das Unterlassungsdelikt - Seine Stellung im Gefährdungs- und Willensstrafrecht, GS Bd. 114 S. 279 - 321

Sax, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Band III,2. Halbband, S. 909 - 1014, Berlin 1959 (zit.: Grundrechte)

- Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963 S. 329 - 338

Seebald, Rudolf, Nachweis der modifizierten Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969 S. 193 - 214

Simson - Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Hinsicht, München 1969

Sina, Peter Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel 1962

Schäfer, Leopold, Deutsche Strafrechtsentwürfe von 1909 bis 1927, Mannheim 1927

Schaffstein, Friedrich, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, Festschrift für Gleispach, S. 70 - 114, Berlin 1936

- Besprechung strafrechtlicher Monographien über Teilnahmelehren, ZStW Bd. 56 (1937) S. 147 - 152

- Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW Bd. 57 (1938) S. 295 - 336

- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 175 - 206, Göttingen 1961

- Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Festschrift für Richard Honig, S. 169 - 184

Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1970
(zit.: Lehrbuch)

- Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, Tübingen 1968
(zit.: Vorsatzbegriff)

- Fluchtverbot und Anzeigegebot bei Verkehrsunfällen, JZ 1955 S. 433 - 440

Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
(zit.: Arzt im Strafrecht)

- Die mittelbare Täterschaft, in: Festgabe für Reinhard Frank, Band 1, S. 106 - 133, Tübingen 1930

Schmitt, Rudolf, Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959 S. 432 - 434

- Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW Bd. 75 (1963) S. 41 - 62, 179 - 219

Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Bearbeiter: Horst Schröder, 16. Auflage, München 1972

Schröder, Horst, Zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag, JZ 1952 S. 526 - 527

Schroeder, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter, Berlin 1965
(zit.: Täter hinter dem Täter)

- Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW 1964 S. 97 - 107

Schultz, Hans Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht, ZStR Bd. 71 (1956) S. 244 - 291

Schünemann, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971

- Die Stellung der Unterlassungstatbestände im System der Vermögensdelikte - BGHSt 14,38 , JuS 1968 S. 114 - 120

Schwalbach, Theodor, Zur Lehre von den "unechten" Unterlassungsdelikten, GS Bd. 31 (1879) S. 539 - 553, 603 - 615

Schwalm, Georg Zur Kasuistik der Mordmerkmale, MDR 1958 S. 396 - 398

Schwalm, Georg Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen (Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder Selbsttötung), in: Festschrift für Karl Engisch, S. 548 - 56o, Frankfurt 1969

Schwarz, Joachim, Die Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation, Freiburg 1967
(zit.: Diss.)

- Die unterlassene Verbrechensanzeige, Neuwied 1968
(zit.: Verbrechensanzeige)

Schwinghammer, Helmut, Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des § 51 StGB hinaus, Dissertation, München 1966

Soergel - Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Band 1: §§ 1 - 24o, 1o. Auflage, Stuttgart 1967

Spendel, Günter, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 183 - 199, Göttingen 1961

Storsberg, Günther, Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im Strafgesetzbuch, Dissertation, Göttingen 1952

Stratenwerth, Günter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat, Köln 1971

- Der agent provocateur, MDR 1953 S. 717 - 721

- Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, ZStR Bd. 79 (1964) S. 255 - 256

Strecker, Arthur, Unterlassungsdelikte im deutschen, französischen und schweizerischen Recht, Dissertation, Freiburg 1948

Stree, Walter Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963 S. 1 - 14

- Garantenstellung kraft Übernahme, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 143 - 164, Berlin 1966

- Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, S. 277 - 294, Berlin 1972

Struensee, Eberhard, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, Bonn 1971

Teichmann, Arndt, Gesetzesumgehung, Göttingen 1962

Traeger, Ludwig, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Strafrecht und Zivilrecht, Marburg 1913

Vogler, Theo — Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, in: Festschrift für Ernst Heinitz, S. 295 - 316, Berlin 1972

Vogt, Alfons — Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW Bd. 63 (1951) S. 381 - 411

Warda, Günter — Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964 S. 81 - 93

von Weber, Hellmuth, Grundriß des deutschen Strafrechts, Bonn 1946
(zit.: Grundriß)

\- — Anmerkung zum Urteil des OLG Freiburg vom 9.2.1950, JZ 1951 S. 86

\- — Bemerkungen zu der Lehre vom Handlungsbegriff, in: Festschrift für Karl Engisch, S. 328 - 338, Frankfurt 1969

Wegner, Artur — Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1961

Welp, Jürgen — Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin 1968

Welzel, Hans — Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969
(zit.: Lehrbuch)

\- — Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58 (1939) 491 - 566

\- — Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958 S. 494 - 497

\- — Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten, in: Festschrift für Hellmuth von Weber, S. 242 - 246, Bonn 1963

Woerner, Lothar, Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt, Dissertation, Tübingen 1958

Wolf, Erik — Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Breslau 1931

Wolff, Ernst-Amadeus, Die Tatherrschaft als Merkmal der Täterschaft, Dissertation, Tübingen 1956
(zit.: Diss.)

\- — Kausalität von Tun und Unterlassung, Heidelberg 1965
(zit.: Kausalität)

von Zahn, Karl Über die Kausalität der Unterlassung im Strafrecht, GS Bd. 69 (1906) S. 1 - 55

Zimmerl, Leopold, Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, ZStW Bd. 54 (1935) S. 575 - 590

Zimmermann, Theo, Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, NJW 1952 S 3121 - 13 22

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

(weniger geläufiger Begriffe)

AE	Alternativ-Entwurf
AT	Allgemeiner Teil
BT	Besonderer Teil
DJ	Deutsche Justiz
DStR	Deutsches Strafrecht
E 1960	Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1960
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer
GS	Der Gerichtssaal
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des BGH, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafraechtsreform
mwN.	mit weiteren Nachweisen
ROW	Recht in Ost und West
RN	Randnummer
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StuB	Studienbuch
StrRG	Strafrechtsreform-Gesetz
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Im übrigen sind die verwendeten Abkürzungen der folgenden Aufstellung entnommen:

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprechung, 2. Auflage, Berlin 1968

Im Text sind die ohne Angabe des Gesetzes aufgeführten Paragraphen solch des Strafgesetzbuches (BGBl I 1969, 1445) in der Fassung vom 2o.7.1973.

Vorbemerkung

Von einer Abhandlung über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme wird im Regelfall erwartet, daß sie die Merkmale der Grenzziehung darlegt, deren Anwendung anhand von beispielhaften Fällen erprobt und versucht, eine Gesetzmäßigkeit dieser Grenzziehung aufzuzeigen. Hierin liegt - im zweiten Teil - das Schwergewicht dieser Arbeit, wo ein überzeugendes System der Unterlassungsbeteiligung entwickelt werden soll.

Während sich eine thematisch gleichartige Abhandlung im Bereich der Begehungsdelikte auf die genannten Aufgaben beschränken dürfte, weil es dort im Grunde genommen nur um die Frage der Grenzziehung zwischen den verschiedenen Formen der Täterschaft und der Teilnahme geht, setzen die Probleme bei den Unterlassungsdelikten weit früher ein und verlangen zumeist eine Auseinandersetzung mit Fragen der allgemeinen Unterlassungsdogmatik. Das ist einmal darin begründet, daß die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme auf die Begehungsdelikte unstreitig feststeht, während dies bei den Unterlassungsdelikten äußerst umstritten ist. Es wird deshalb zunächst - im ersten Teil - erforderlich sein, die grundsätzliche Vereinbarkeit der gesetzlichen Beteiligungsvorschriften (1) mit dem Unterlassungsdelikt und dessen wesensbedingten Besonderheiten zu untersuchen.
Zum anderen ist seit neuerer Zeit die allgmeine Unterlassungsdogmatik in fast allen Bereichen derart umstritten, daß sie selbst in solchen Teilfragen wie

---

1) In Abweichung von der gegenwärtigen gesetzlichen Terminologie (3. Abschnitt Teilnahme) wird im folgenden die "Beteiligung" als Oberbegriff für Täterschaft und Teilnahme gebraucht, um Mißverständnissen vorzubeugen.

der Beteiligungslehre keine hinreichend sichere Grundlage hergibt, auf der ein Abgrenzungssystem zwischen Täterschaft und Teilnahme aufgebaut werden könnte. Um dieses System nicht in den freien Raum zu stellen, sondern in einem dogmatischen Gerüst zu verankern, muß notwendigerweise auch auf solche Fragen der allgemeinen Unterlassungsd-ogmatik eingegangen werden, die die Beteiligungslehre berühren. Dies soll, soweit es sich in die fortlaufende Untersuchung einflechten läßt und die Übersichtlichkeit nicht beeinträchtigt, im ersten Teil dieser Arbeit geschehen.
Darüberhinaus werden in einem kurzen dogmatischen Anhang - dem dritten Teil - weitere Probleme der allgemeinen Unterlassungsdogmatik behandelt, die für das Verständnis der Beteiligungslehre unerläßlich sind. Es ist nur selbstverständlich, daß diese Erörterungen ein recht grobes Bild vermitteln müssen, denn es kann nicht Zweck einer Abhandlung über die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte sein, eine vollständige Darstellung der Unterlassungsdogmatik zu geben. Das Herausstellen leitender Grundsätze und die Beleuchtung einzelner Teilaspekte, die für diese Untersuchung wichtig sind, muß im Rahmen dieser Abhandlung genügen.

1. Teil

Das Prinzip der differenzierten Beteiligungslehre bei Unterlassungsdelikten

Im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Kodifikationen (1) folgt das deutsche Strafgesetz (2) dem Prinzip der differenzierten Beteiligungslehre, d.h. es unterscheidet das strafrechtlich relevante Verhalten nach Täterschaft (§ 47) (3) und Teilnahme (§§ 48 - 49a); die Teilnahme wiederum wird nach Anstiftung (§§ 48, 49a) und Beihilfe (§ 49) aufgefächert (4).
Diese Aufteilung hat große Bedeutung sowohl für den Strafrahmen (§ 49 Abs.2) (5) als auch für die Strafbarkeit des Versuchs (§§ 49a iVm. 49); zudem ist nach gegenwärtigem Recht die Beihilfe zur Übertretung straflos (§ 49 Abs.1).

Sofern man die Unterlassungsdelikte dieser Regelung unterstellt, ist dem Richter ein detailliertes System

---

1) Das sind Italien, Brasilien, Mexiko, Dänemark, Louisiana (USA); vgl. Dietz S. 108.
2) das StGB von 1871 und alle Entwürfe in der Folgezeit; vgl. Schäfer S. 21, E 1962 §§ 25 ff, AE §§ 27 ff und §§ 25 ff des 2. StrRG
3) Die §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB in der Fassung vom 20.7.1973.
4) Lubberger (S. 6) sieht die Aufforderung nach § 111 als 3. Teilnahmeform an; aber schon der Mangel an Akzessorietät (Kohlrausch-Lange § 111 Anm.I) zeigt, daß hier keine Teilnahme an fremder Tat, sondern eine eigene, selbständige Straftat vorliegt (Dreher, Gallas-Festschrift, S. 318 ff; Mösl in LK § 111 RN 15; RGSt 3, 146, 147).
5) Nach künftigem Recht muß die Strafe des Gehilfen gemildert werden, § 27 Abs.2 Satz 2 des 2. StrRG; abgesehen von dieser Änderung bringt das 2. StrRG keine inhaltlichen Neuerungen für die Beteiligungslehre.

zur strafrechtlichen Bewertung des Unterlassens in die Hand gegeben. Das setzt aber natürlich voraus, daß das Unterlassungsdelikt überhaupt einer solchen Differenzierung zugänglich ist.

I. Die Lehren vom undifferenzierten Begriff des Unterlassenden

Während die herkömmliche Lehre ohne weiteres davon ausgeht, daß das Unterlassen nach Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden könne und sich nur in der Suche nach geeigneten Abgrenzungsmerkmalen erschöpft (1), haben Grünwald (2) und Armin Kaufmann (3) aufgrund ihrer dogmatischen Untersuchungen die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme auf das echte und unechte Unterlassungsdelikt (4) grundsätzlich abgelehnt (5); auch Stratenwerth (6) vertritt die Ansicht, daß es eine durch Unterlassen begangene Teilnahme als "reguläre Beteiligungsform" nicht gibt.
Stattdessen vertreten sie für die Unterlassungsdelikte den undifferenzierten Begriff des Unterlassenden, der

---

1) vgl. Gallas JZ 1952, 371 ff; JZ 1960, 687 ff; Kielwein GA 1955, 225 ff; BGHSt 2, 150 ff
2) in seiner Dissertation: Das unechte Unterlassungsdelikt, 1956, S. 97 ff, mit Änderungen abgedruckt in GA 1959, 110 ff
3) Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 291 ff
4) zu den Begriffen "echte und unechte Unterlassungsdelikte" vgl. unten S. 68 ff
5) ähnlich Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 106
6) Lehrbuch, S. 284; ebenso Schwalm, Engisch-Festschrift, S. 552, der sich lediglich auf das Fehlen der Tatherrschaft als Differenzierungsmerkmal beruft; für ihn gilt das im folgenden zu diesem Argument Gesagte entsprechend (s. unten S. 5 ff, 10 ff)

teilweise die Regelungen der §§ 47 ff in sich vereint (1).

1. Grünwald versucht nachzuweisen, daß es bei unechten Unterlassungsdelikten nur die eine Form strafrechtlicher Verantwortlichkeit, die "Beteiligung durch Unterlassen", gebe; sie sei eine selbständige dritte Beteiligungsform neben der Täterschaft und der Teilnahme durch Handeln (2), die teilweise wie die Begehungsbeihilfe (3), teilweise wie die Begehungstäterschaft (4) zu behandeln sei.
Grünwalds Ansicht kann für die weitere Untersuchung überaus bedeutsam sein, weil er praktisch die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte außerhalb der gesetzlichen Regelungen ansiedelt und sie auch nicht an der gesetzlichen Differenzierungsmöglichkeit teilhaben läßt. Eine Auseinandersetzung mit seinen Gedanken ist also geboten, wobei es sich jedoch auf den hier interessierenden Teil seiner Argumentation zu beschränken gilt.
Bei seiner Untersuchung geht Grünwald davon aus, daß

---

1) Auch Roxin vertritt faktisch den Einheitstäterbegriff bei den Unterlassungsdelikten, denn bei den unechten Unterlassungsdelikten erfaßt er jeden garantenpflichtigen Unterlassenden als Täter (Täterschaft S. 459 und 467 f). Da er jedoch grundsätzlich die Differenzierbarkeit des Unterlassens in Täterschaft und Teilnahme bejaht und sie auch teilweise durchführt (Täterschaft, S. 458, vgl. bes. den umstrittenen Fall der garantenpflichtlosen Unterlassungsbeihilfe S. 485 - 488, dazu unten S. 99 ff) , zu diesem Ergebnis vielmehr nur deshalb gelangt, weil er die Garantenpflicht als Täterschaftsmermal ansieht, kann erst nach der Untersuchung der grundsätzlichen Differenzierungsmöglichkeit auf diese Theorie eingegangen werden; dazu s. unten S.178 ff.
2) Grünwald, Diss., S. 1oo; GA 1959, 111/112
3) bezüglich des Strafrahmens s. Grünwald, Diss., S. 1o4 GA 1959, 113
4) bezüglich der Strafbarkeit des Versuchs, s. Grünwald, Diss., S. 114; GA 1959, 118

die Begriffe Täterschaft und Beihilfe für die Beteiligung mehrerer Handelnder gebildet worden seien und sie folglich nur dann auf die Unterlassung angewendet werden könnten, "wenn nicht der wesenmäßige Unterschied zwischen Unterlassung und Handlung eine solche Gleichstellung verbieten würde " (1). Er schließt die Differenzierbarkeit des Unterlassens aus, weil sich seiner Ansicht nach die Handlung und Unterlassung darin unterscheiden, daß der Handelnde eine reale Einflußnahme auf das Geschehen besitzt, der Unterlassende aber nur eine potentielle, und weil die für die Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme maßgebende Tatherrschaft angeblich eine reale und nicht eine potentielle Einflußnahme verlangt (2).
Dieser Gedankengang läßt sich an den beiden folgenden Beispielen verdeutlichen:

> Der Kranke K wird durch eine Herz-Lungenmaschine am Leben gehalten.
> - A tötet den K, indem er die Maschine abstellt.
> - B tötet den K, indem er bei einer Störung der Maschine nicht eingreift, obwohl er hierzu als Garant verpflichtet ist.

Dem A wird der Tötungserfolg zugerechnet, weil er in das Geschehen eingegriffen und damit den Kausalverlauf auf den Taterfolg hingelenkt hat. Eine solche tatsächliche Einflußnahme fehlt bei B; ihm wird der Erfolg nur zugerechnet, weil er ihn bei pflichtgemäßem Verhalten hätte abwenden können. Nach Grünwalds Ansicht soll die Unterlassungstäterschaft an diesem wesensbedingten Unterschied der beiden Verhaltensarten

---

1) Grünwald GA 1959,111; ähnlich Diss. S. 97
2) Grünwald, Diss., S. 100; GA 1959, 111

scheitern: Weil die Täterschaft - der Begehungsdelikte - die Tatherrschaft notwendig voraussetze und die Tatherrschaft wiederum nur auf der realen Einflußnahme beruhen könne, sei die Täterschaft eines Unterlassenden, der ja nur einen potentiellen Einfluß auf das Geschehen besitze, nicht denkbar.

Schon der Ausgangspunkt der Argumentation, daß die Begriffe Täterschaft und Teilnahme für Handlungen entwickelt seien, bedürfte angesichts der Vielzahl der im Besonderen Teil des StGB normierten Unterlassungsdelikte (1) einer genauen U tersuchung, die Grünwald in seiner Arbeit schuldig bleibt (2). Da die Vorschriften des Allgemeinen Teils grundsätzlich auf alle Straftatbestände im Besonderen Teil des StGB angewendet werden, muß vielmehr von der Anwendbarkeit der §§ 47 ff auf Handlungen u n d Unterlassungen ausgegangen werden.
Aber auch abgesehen hiervon ist Gründwalds Vorgehen nicht folgerichtig: Denn wie er selbst festgestellt hat, ist aufgrund der Verschiedenheit von Tun und Unterlassen "die unmittelbare Anwendung der Lehren, die sich auf das Handlungsdelikt beziehen, nicht möglich" (3) Folglich kann er nicht die Differenzierbarkeit des Unterlassens davon abhängig machen, daß das für die Unterscheidung von Begehungstäterschaft und -teilnahme grundlegende Kriterium der Tatherrschaft beim Unterlassen denkbar ist. Ebenso wie bei der Untersuchung des Unterlassungsversuchs (4) hätte er auch

---

1) z.B. §§ 116, 121, 138, 221, 330c, 347
2) ebenso wie Grünwald ohne Begründung Schönke-Schröder Vorbem. § 47 RN 106
3) Diss. S. 19 unter Berufung auf Radbruch S. 143
4) Diss. S. 78 ff, insbesondere auf S. 78/79

hier - vom Grund der gesetzlichen Regelung ausgehend - die Funktion des Merkmals der Tatherrschaft erschließen und entsprechende, der Eigenart der Unterlassung angepaßte Merkmale prüfen müssen (1).
Und schließlich kann Grünwald nicht dartun, warum der von ihm befürwortete, allein für die Begehungsdelikte konzipierte Tatherrschaftsbegriff als Tätermerkmal für alle Deliktsarten gelten soll. Aufgrund der neuesten Untersuchungen hat sich Gründwalds Auffassung schon für den Bereich der Begehungsdelikte als unzutreffend erwiesen (2); wenn sein Tatherrschaftsbegriff also nicht auf Unterlassungsdelikte angewendet werden kann, so scheint das eher daran zu liegen, daß die "reale Einflußnahme auf das Tatgeschehen" kein allgemeines Tätermerkmal für alle Deliktsarten ist, als daß daraus der zwingende Schluß auf das Fehlen einer Unterlassungstäterschaft im Sinne der gesetzlichen Normen gezogen werden könnte.
Die Argumentation Grünwalds kann also nicht die Notwendigkeit eines Einheitstäterbegriffs des Unterlassenden praeter legem (3) darlegen.

2. Stratenwerth geht ebenfalls vom Tatherrschaftsbegriff des Begehungstäters aus, den ein Unterlassender niemals erfüllen kann. Weil der Unterlassende lediglich die Möglichkeit besitze, auf den

---

1) s. Androulakis S. 164; Gallas JZ 1960, 686 Anm.56; Lubberger S. 35; Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/1
2) Roxin, Täterschaft, S. 433 f (Zusammenfassung) und unten S.178 ff.
3) vgl. die Kritik an der von Grünwald neu geschaffenen Beteiligungsform bei Roxin, Täterschaft, S. 468 und bei Herzberg, Unterlassung, S. 258 f

Geschehensablauf einzuwirken, könne ihn nur die Nichtausübung dieser potentiellen Herrschaft zum Täter machen. Jeder Unterlassende nehme diese Stellung ein, und deshalb müsse auch jeder Unterlassende Täter sein (1). Eine "reguläre" Teilnahme könne es also beim Unterlassungsdelikt nicht geben. Nur wenn der Unterlassende besondere täterschaftliche Voraussetzungen nicht erfüllen könne, sei "aushilfsweise" die Beihilfebestimmung heranzuziehen (2). Führe demnach praktisch jedes Unterlassen zur Täterschaft, so müsse der Strafrahmen der Unterlassungstäterschaft den Bereich aller gesetzlichen Beteiligungsformen umfassen, was durch § 13 Abs.2 des 2. StrRG ermöglicht werde (3).
Stratenwerth läßt zwar die Rechtsfigur der Unterlassungstäterschaft nicht daran scheitern, daß der Unterlassende nicht die Tatherrschaft eines Begehungstäters einnehmen kann, und vermeidet dadurch den systematischen Fehler Grünwalds bei der Übertragung der Begehungselemente auf die Unterlassungsdogmatik (4). Seine Begründung der Unterlassungstäterschaft vermag jedoch ebensowenig zu überzeugen wie Grünwalds Lehre. Er legt nämlich nicht dar, wieso gerade die Nichtausübung der Tatherrschaft beim Unterlassenden täterschaftsbegründend wirken und dadurch zwangsläufig jeder strafbare Unterlassende Täter sein muß. Da Stratenwerth weder andere Tätermerkmale geprüft noch eine schlüssige Ableitung seines Täterbegriffs gegeben hat, kann auch seine Abhandlung nicht als Beweis für die Notwendigkeit des Einheitstäterbegriffs angesehen werden(5).

---

1) Stratenwerth, Lehrbuch, S. 281
2) Stratenwerth, Lehrbuch, S. 284
3) Stratenwerth, Lehrbuch, S. 285
4) s. oben S. 7 f
5) Die übrigen Elemente von Stratenwerths Beteiligungslehre können erst in einem späteren Stadium der Untersuchung behandelt werden, vgl. unten S. 207 ff.

3. Kaufmann vertritt bei den Unterlassungdelikten den Einheitstäterbegriff (1); anders als Grünwald schafft er also nicht eine neue Beteiligungsform, sondern er sieht wie Stratenwerth grundsätzlich (2) jeden Unterlassenden als Täter an und will für den Täter eines nicht normierten Unterlassungsdelikts den Strafrahmen fakultativ herabsetzen (3). Er begründet diese undifferenzierte Beteiligungslehre einmal mit seinen dogmatischen Untersuchungen (4) und zum anderen damit, daß er bei den unechten Unterlassungsdelikten die Widersprüchlichkeit einer differenzierten Beteiligungslehre aufzudecken versucht (5).
Auch hier kann die Auseinandersetzung mit den interessanten, neuen Ansatzpunkten zur Lösung der Unterlassungsprobleme innerhalb der Strafrechtsdogmatik keineswegs umfassend geführt werden, sie muß vielmehr auf die hier zur Diskussion stehende Frage des Einheitstäterbegriffs beschränkt werden. Hierbei soll jedoch wenigstens der fehlerhafte Ansatzpunkt für Kaufmanns Konstruktion der Unterlassungsdelikte aufgezeigt werden. Im Laufe dieser Abhandlung wird noch mehrmals auf Kaufmanns Theorie eingegangen und somit wenigstens im Rahmen dieses Themas eine abgerundete Kritik dargelegt werden können (6).

a. Nach der von Kaufmann entworfenen Unterlassungsdogmatik erfüllen die unechten wie die echten

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 302; ihm folgend Welzel, Lehrbuch, § 27 V und § 28 V
2) Die von ihm zumindest "kriminalpolitisch" anerkannte Ausnahme einer Beihilfe durch Unterlassen beim Diebstahl (Dogmatik S. 299 f) soll hier - wie bei Stratenwerth oben S. 9 - nicht gegen das Prinzip gestellt werden; vgl. dazu Roxin, Täterschaft, S. 494 f
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 303
4) Kaufmann, Dogmatik, S. 186 ff, 291, 295; s. unten "a."
5) Kaufmann, Dogmatik, S. 291 ff; s. unten "b."
6) s. unten S. 69, 76 f, 85/86, 167, 402, 430 f, 469 f

Unterlassungsdelikte den Gebotstatbestand (1), der weder dogmatische noch normlogische, sondern ausschließlich axiologische Parallelen zum Verbotstatbestand der Begehungsdelikte besitze (2). Aufgrund der Einordnung des unechten Unterlassungsdelikts in die - gegenüber den Begehungsdelikten selbständige - Unterlassungsdogmatik könne das unechte Unterlassungsdelikt nicht als Teilnahme zum Begehungsdelikt konstruiert werden (3); denn solch eine dogmatische Beziehung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten gebe es eben nicht.
Im Bereich der Unterlassungsdelikte wiederum gebe es statt der - der Begehungsbeihilfe dogmatisch entsprechenden - "Beihilfe zum Unterlassen" nur das "Unterlassen der Beihilfe zur Erfüllung des Gebotes seitens eines Dritten" (4), weil das Begehungs- und das Unterlassungsdelikt im Umkehrverhältnis zueinander stehen (5). Zwischen dieser "Unterlassungsteilnahme" und der Begehungstäterschaft bestehe nicht die für die differenzierte Teilnahmelehre typische Unwertdifferenz; damit gebe es auch wertmäßig keine der Begehungsbeihilfe entsprechende Unterlassungsbeihilfe (6).

Der scharfsinnigen Argumentation (7) müßte zugestimmt werden, wenn die Ausgangspunkte dieser Ableitung des

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 255, 257
2) Kaufmann, Dogmatik, S. 274
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 295
4) Kaufmanns Beispiel hierzu (Dogmatik S. 187): Der Handlungspflichtige unterläßt es, dem Helfenden zur Hand zu gehen, indem er ihm z.B. bei der Rettung des Verunglückten durch das Öffnen der Krankenwagen-Tür "Beihilfe leisten" könnte. Vgl. dazu unten S. 14.
5) Kaufmann, Dogmatik, S. 89
6) Kaufmann, Dogmatik, S. 187
7) vgl. die Kritiken von Engisch JZ 1962, 189 und Androulakis S. 9

Einheitstäterbegriffs stichhaltig wären; hier sind jedoch Zweifel anzumelden.
Kaufmann leitet seine These, daß es keine dogmatischen Parallelen zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten gebe, daraus ab, daß jenes dem Verbotstatbestand unterstehe, dieses dem Gebotstatbestand, und daß beide einer eigenen Gesetzmäßigkeit folgten (1). Es kann nicht geleugnet werden, daß es im Wesen der verschiedenen Verhaltensweisen gegründete Unterschiede zwischen diesen Deliktsarten gibt und daß diese auch Auswirkungen auf die Elemente der strafrechtlichen Tatbestände haben. Fraglich ist jedoch, ob im deutschen Strafgesetzbuch - das ja Gegenstand dieser Untersuchung ist - diese Unterscheidung in Ge- und Verbotstatbestand zum maßgebenden Prinzip erhoben wurde (2).
In diesem Gesetz sind nicht nur in einzelnen Vorschriften ausdrücklich Tun und Unterlassen nebeneinander genannt (3); nach einhelliger Ansicht (4) werden von den Normen, die nicht ausdrücklich ein Unterlassen als strafbares Verhalten bezeichnen, auch ohne eine solche ausdrückliche Verhaltenstypisierung Unterlassungsdelikte erfaßt (5).

Ohne nähere Untersuchung des dem Strafgesetz zugrundeliegende Unrechtsprinzip (6) spricht schon diese gesetzliche Systematik dafür, daß der Gesetzgeber nicht die von Kaufmann vertretene Trennung in Ge- und Verbotstatbestände durchgeführt hat (7). Falls man die Garantie des nulla-crimen-sine-lege-Satzes nicht völlig aufgeben will (8),

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 3 ff; Baumann, Lehrbuch, S.184
2) vgl. dazu die methodischen Erörterungen von Roxin, Täterschaft, S. 18, 2o ff
3) z.B. §§ 123, 221, 347
4) Auch Kaufmann, Dogmatik, S. 28o/281
5) ebenso Vogt ZStW 63, 383
6) vgl. dazu unten S. 25 ff und Androulakis S. 74 ff; Roxin, Radbruch-Gedächtnisschrift, S. 262
7) vgl. Roxins Einwand gegen die ontologischen Lehren, daß der Gesetzgeber nämlich in der Wahl des entscheidenden Gesichtspunktes unabhängig ist (Täterschaft, S. 22); ferner zur Trennung von Ge- und Verbotsnorm Androulakis, S. 149 ff
8) anders Kaufmann, Dogmatik, S. 281, weiter S. 26o, 274

muß man diese Entscheidung des Gesetzgebers respektieren und eine dogmatische und nicht nur wertmäßige Parallele zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten anerkennen.
Daß Kaufmann dies gerade nicht tut, sondern das wertmäßige Umkehrprinzip als einziges Band zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten zu erkennen glaubt, liegt wesentlich darin begründet, daß er den finalen Handlungsbegriff als Grundlage eines jeden strafrechtlich bedeutsamen Verhaltens erhebt (1). Da nun aber die wesentlichen Elemente des finalen Handlungsbegriffes - Kausalität und Finalität - bei Unterlassungsdelikten nicht denkbar seien (2), seien die gogmatischen Erscheinungen der Begehungsdelikte bei den Unterlassungsdelikten nicht zu finden. So lehnt er z.B. einen dem Begehungsversuch entsprechenden Unterlassungsversuch ab, weil der für den Tatentschluß erforderliche finale Verwirklichungswille beim Unterlassungsdelikt nicht denkbar ist (3).
Die Fixierung auf den finalen Handlungsbegriff führt schließlich dazu, daß er nicht mehr das U n t e r l a s s e n einer Handlung als Anknüpfungspunkt für die Strafdrohung ansieht, sondern die H a n d l u n g , die unterlassen wurde (4). Diese Akzentverschiebung vom U n t e r l a s s e n einer Handlung auf das Unterlassen einer H a n d l u n g muß jedoch als systemwidrig verworfen werden (5).
Wenn Kaufmann die dogmatische Selbständigkeit des Unterlassungsdelikts betont, dann muß er dessen Dogmatik

---

1) siehe Kaufmann, Dogmatik, S. 75, 57
2) Kaufmann, Dogmatik, S. 87
3) Kaufmann, Dogm., S.21o, 73; dazu Hartwig ZStW 74, 27 f
4) vgl. Kaufmann, Dogmatik, S. 49
5) vgl. die Kritik von Baumann, Lehrbuch, S.186. Wenn überhaupt der wesensmäßige Unterschied der Verhaltensarten als Ansatz tauglich wäre, dann - im Hinblick auf die Strafrechtsnorm - die Gegenüberstellung der Handlung mit der Unterlassung einer ganz anderen Handlung. Vgl. Schünemann S.59, 235; Herzberg, Unterlassung, S.159, 171

auch aus den eigenen Erscheinungen des Unterlassens heraus und nicht an typischen Begriffen der Begehungsdelikte entwickeln (1). Dies sei an zwei Beispielen aus Kaufmanns Untersuchungen über die Unterlassungsteilnahme verdeutlicht (2).

Im Abschnitt über die Teilnahme am echten Unterlassungsdelikt untersucht er das "Unterlassen der Teilnahme an der Erfolgshandlung eines Dritten" (3):

> Der Handlungspflichtige unterläßt es, den Helfenden bei der Rettung des Verunglückten zu unterstützen, etwa durch das Öffnen der Krankenwagentür.

Obwohl schon das Fehlen einer akzessorischen Haupttat zeigt, daß hier gar keine Teilnahme im Sinne des Strafgesetzes vorliegen kann, behandelt Kaufmann dieses Beispiel im Rahmen der Teilnahme am Unterlassungsdelikt, weil hier eine Teilnahme-h a n d l u n g unterlassen wird.

Bei der Untersuchung der unechten Unterlassungsdelikte lehnt er eine Beihilfe durch Unterlassen am Begehungsdelikt ab, weil der Unterlassende nicht kausal sein, also nicht fördern könne (4). Hier verlangt er also für die Unterlassungsbeihilfe "kausales Fördern", das Merkmal der Begehungsbeihilfe. Richtig wäre gewesen, vom Wesen der Beihilfe im Sinne des § 49 ausgehend diesen Rechtsbegriff am Unterlassen zu messen (5) - auf diese Weise hätte er die "Friktionen" seiner Einheitstäterlehre, wie die nur "kriminalpolitische" Beihilfe bei den Eigentumsdelikten, vermieden (6).

---

1) gegen das Umkehrprinzip auch Jescheck, Lehrbuch, vor § 58; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 8o; Schünemann S. 376
2) vgl. außerdem Kaufmanns Konstruktion der Unterlassungsfahrlässigkeit, unten S. 43o f
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 186 ff
4) Kaufmann, Dogmatik, S. 295
5) s. Roxin, Täterschaft, S. 493/494 und unten S. 96 f
6) Kaufmann, Dogmatik, S. 299 f; dazu Roxin, Täterschaft, S. 494 f

Mit seiner Dogmatik vermag also Kaufmann den Einheitstäterbegriff bei Unterlassungsdelikten nicht überzeugend zu begründen (1); denn er baut seine Dogmatik auf einer fehlerhaften Grundlage auf: Der von Kaufmann vertretene finale Handlungsbgriff wird zum Ausgangspunkt der Unterlassungsdogmatik gemacht, obwohl das Unterlassen gar nicht mit diesem Handlungsbegriff zu vereinbaren ist. Wird aber die Untersuchung über die Möglichkeit eines differenzierten Täterbegriffes bei Unterlassungsdelikten einseitig an ein Verhaltenselement gebunden, das der Verhaltensart "Unterlassen" völlig fremd ist - ohne daß beiden Verhaltensweisen gemeinsame Wertgesichtspunkte in Erwägung gezogen werden -, so kann die angeblich zwingende dogmatische Schlußfolgerung - bei Grünwald wie bei Kaufmann - keineswegs überzeugen.

b. Zu untersuchen bleibt, ob Kaufmann bei der differenzierten Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte tatsächlich Widersprüche aufdecken und jene Lehre so in Zweifel ziehen kann (2).
Den ersten Widerspruch sieht er darin, daß die Beihilfe durch Unterlassen von der herrschenden Meinung (3) auf die Garanten beschränkt wird (4). Damit entpuppe sich diese Teilnahmeform als "Rudiment längst überwundener Kausalbetrachtungen", die den unterlassenden Garanten - allein - als kausal für den Erfolg ansahen (5). Da diese Lehren aber seit langem abgelehnt würden, könne heute die Beschränkung der Beihilfe auf den Garanten

---

1) ablehnend auch Jescheck, Lehrbuch, vor § 58; Schönke-Schröder Vorbem. § 1 RN 8o; Maurach AT § 52 A 2 a
2) Kaufmann, Dogmatik, S. 291 bis 294
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 291 f unter Ziff. 1
4) anders jetzt Roxin, Täterschaft, S. 484 ff; s. unten S. 99 f und 392 ff
5) Kaufmann bezieht sich hier auf v. Rohland S. 59; zu den anderen Vertretern dieser Lehre Traeger S.6o f

nicht mehr einleuchten. Der Gehilfe brauche nämlich nur die Tat zu fördern, weitere Tatbestandsmerkmale brauchten nicht vorzuliegen. Somit könne das besondere Tatbestandsmerkmal der Garantenpflicht nicht für den Gehilfen gefordert werden - entweder könne keine Unterlassung als Beihilfe behandelt werden oder aber man müsse sie bei allen Arten der Unterlassungsdelikte bejahen können.
Dagegen ist einzuwenden, daß es durchaus Gründe geben kann, die Beihilfe auf den garantenpflichtigen Unterlassenden zu beschränken. Versteht man nämlich die Garantenstellung als strafbegründendes Merkmal (1), so kann nur der Garant bestraft werden, auch wenn man jegliches Nichthindern einer Haupttat als Fördern ansieht.

> A läßt in einem Kaufhaus ein Buch in der Tasche verschwinden. Dies wird von dem Hausdetektiven D und dem Kunden K bemerkt. Keiner von ihnen schreitet ein.

Wenn man bei der Beurteilung der Verhaltensweisen von D und K zu dem Ergebnis käme, daß D Gehilfe zur Straftat des A ist und K trotz gleichen - im Hinlick auf die Diebstahlsanzeige: untätigen - Verhaltens nicht als Gehilfe zur Verantwortung gezogen wird, so muß der Grund für diese Differenzierung keineswegs in einem Wiederaufleben längst überholter Kausalitätstheorien zu suchen sein. Dies kann ganz einfach darin begründet sein, daß das Verhalten des K wegen des Fehlens einer Garantenpflicht und damit auch eines Unterlassungstatbestandes nicht strafbar ist.
Bei einer näheren Untersuchung des Beihilfemerkmals "Fördern einer Haupttat" erkennt man, daß nicht jedes Unterlassen der Verbrechenshinderung als Förderung

---

1) so die herrschende Meinung, vgl. Roxin, Täterschaft, S. 494; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 77

der Tat gewertet werden kann, daß vielmehr die Garantenpflicht hierfür konstitutiv ist. Denn das Unterlassen als solches fördert den verbrecherisch Handelnden nicht in seiner Tat - erst der Vergleich zur rechtlichen Handlungspflicht bewertet das Unterlassen als Förderung (1). Somit kann die Beschränkung der Beihilfe auf den garantenpflichtigen Unterlassenden auch wegen des relativen Begriffs des Förderns berechtigt sein, weil das bloße So-sein-lassen eben nicht fördern kann. Erst im Verhältnis zum rechtlich geforderten Sollen erscheint das Unterlassen als Fördern.
Auf die Frage, ob es nun wirklich richtig ist, die Unterlassungsbeihilfe mit der herrschenden Meinung auf garantenpflichtiges Verhalten zu beschränken, kann hier noch nicht eingegangen, erst im weiteren Verlauf der Untersuchung kann sie umfassend erörtert werden (2). In diesem Zusammenhang kommt es auf diese Frage auch gar nicht an, weil es hier ja nur darum geht, ob eine solche Beschränkung nur als Relikt einer überholten Kausalitätslehre verstanden werden muß oder ob sich hierfür vertretbare und inhaltlich gerechtfertigte Gründe finden lassen. Da dies der Fall ist, kann in diesem Punkt nicht von einer "Ungereimtheit" der Unterlassungsbeteiligung gesprochen werden.

Die zweite Unstimmigkeit der herrschenden differenzierten Beteiligungslehre meint Kaufmann darin entdeckt zu haben, daß die Anstiftung durch Unterlassen überwiegend nicht anerkannt und dadurch der Beihilfe eine Monopolstellung innerhalb der Teilnahme durch Unterlassen

---

1) vgl. oben S. 14 und unten S. 97
2) vgl. unten S. 98 f und 394 ff

eingeräumt wird (1). Es sei inkonsequent, zwischen Täterschaft und Teilnahme zu differenzieren, diese aber nicht in Anstiftung und Beihilfe aufzufächern, wie das Gesetz es vorsieht.
Dem kann hier nur entgegnet werden (2), daß das Prinzip der differenzierten Beteiligungslehre nicht von der Möglichkeit einer Anstiftung durch Unterlassen abhängt. Denn die Differenzierung strafbaren Verhaltens in die verschiedenen Formen der Täterschaft und der Teilnahme kann nur so weit durchgeführt werden, als das Wesen der Verhaltensweise dies zuläßt. So ist es ohne weiteres denkbar und systematisch zu recht fertigen, zwar die Beihilfe durch Unterlassen anzuerkennen, nicht aber die Anstiftung, da diese besondere Teilnahmeform aufgrund ihrer Eigenart nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann (3).

Weiterhin (4) wirft Kaufmann unter Verweisung auf Grünwalds Untersuchung der Lehre von der Beihilfe durch Unterlassen vor, daß sie bei einer falschen Vorstellung des Unterlassenden über die Tatumstände zu absurden Ergebnissen führe (5). Da nämlich der Beihilfeversuch straflos sei, würde die bloße irrige

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 292 unter Ziff.2
2) eingehender zur Anstiftung durch Unterlassen unten S. 116 ff
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 484; Gallas JZ 1960, 687 Anm.64; und unten S. 132 ff
4) Mit seinem Argument gegen die differenzierte Beteiligungslehre - die Anerkennung der Beihilfe durch Unterlassen führe in solchen Fällen, in denen der Unterlassende den Erfolgseintritt nicht verhindern, sondern nur erschweren kann, zu "grotesken Ergebnissen" - stimmt die hier vertretene Auffassung weitgehend überein; vgl. dazu unten S. 110 ff.
5) Kaufmann, Dogmatik, S. 293/294 unter Ziff.4; Grünwald, Diss., S. 109 f und GA 1959, 116 f; vgl. auch Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 148

Annahme, ein Dritter wolle das Rechtsgut durch positives Tun verletzen, den sonst strafbaren Garanten der Strafe entziehen.

> Der Schwimmeister A sieht, wie ein Kind in dem von ihm zu beaufsichtigenden Schwimmbecken offenbar mit dem Tode ringt. A will das Kind sterben lassen und unternimmt deshalbs nichts zu seiner Rettung. Das Kind kann sich jedoch mit letzter Kraft an den Beckenrand retten.

Der von Kaufmann kritisierte Teil der Lehre behandelt einen sonst täterschaftlich verantwortlichen Unterlassenden als Teilnehmer, wenn ein vorsätzlich Handelnder für denselben Erfolg verantwortlich ist (1). War das Kind durch eigenes Fehlverhalten in die Gefahr geraten und ging auch A davon aus, so ist dieser - beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - wegen eines durch Unterlassen begangenen Tötungsversuchs zu bestrafen. Nahm A dagegen an, eine andere Person habe das Kind mit Tötungsvorsatz in die Gefahrenlage gebracht, so bleibt er - nach jener Lehre - straffrei, weil seine Kenntnis von den Tatumständen nur den Teilnahmevorwurf begründet und der Versuch einer Teilnahme an einer fremden Straftat nicht von der Strafdrohung erfaßt wird.
Es ist nicht einzusehen, wieso der Unterlassende bei unterschiedlicher Beurteilung der Tatumstände nicht unterschiedlich behandelt werden sollte: Dem Wissen und der Vorstellung kommt beim positiven Tun ja die gleiche Bedeutung zu, ohne daß man die dort erzielten

---

1) Gallas JZ 1952, 37o und JZ 196o, 687; Kielwein GA 1955, 227; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 1o9 ff. - Für den Bereich der mittelbaren Garantenpflicht entspricht diese Einteilung im wesentlichen auch der hier vertretenen Ansicht, vgl. dazu unten S. 28o ff und 325 ff.

Ergebnisse als absurd bezeichnet; es sei nur an die Diskussion über irrige Täterschaftsvorstellungen bei Begehungsdelikten erinnert (1). Es ist also durchaus berechtigt, auch bei Unterlassungen das Wissen zu berücksichtigen, das der Delinquent über die Tatumstände besitzt.

Zuletzt wendet sich Kaufmann gegen die Beteiligungslehren der Unterlassungsdelikte mit dem Argument, es fehle an sachlichen Gründen wie an Kriterien, um die Unterlassungstäterschaft und -teilnahme zu unterscheiden (2). Diese Behauptung könnte er jedoch aufstellen, wenn er alle denkbaren Kriterien auf ihre Tauglichkeit hin untersucht hätte. Jede neue Abgrenzungsweise auf diesem Gebiet kann seine Behauptung widerlegen.
Keines seiner Argumente ist also geeignet, Widersprüche bei einer differenzierten Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte nachzuweisen.

Als Ergebnis des vorstehenden Abschnitts kann somit festgestellt werden, daß weder Grünwald noch Stratenwerth noch Kaufmann die Notwendigkeit eines Einheitstäter- bezw. -teilnehmerbegriffs bei Unterlassungsdelikten darlegen konnten.
Damit ist jedoch das Prinzip der differenzierten Beteiligungslehre noch nicht genügend untersucht, und es darf nicht sogleich die Abgrenzungsproblematik in Angriff genommen werden. Die Auseinandersetzung mit den dogmatischen Fragen der Einheits-Beteiligungslehren hat in einer Anzahl von Punkten nur eine vorläufige und offene Stellungnahme gestattet. Zudem

---

1) s. Roxin, Täterschaft, S. 261 ff; Baumann JZ 1958, 23o
2) Kaufmann, Dogmatik, S. 294

gilt es, nicht nur eine negative Aussage zu machen, sondern positiv festzustellen, ob bei Unterlassungsdelikten eine differenzierte Beteiligungslehre möglich und wie sie aufgrund der wesensmäßigen Besonderheit des Unterlassens gestaltet ist. Dies soll im folgenden versucht werden.

II. Die Begründung der differenzierten Beteiligungslehre bei Unterlassungsdelikten

Untersucht man die Differenzierungsmöglichkeit der Unterlassungsdelikte in Täterschaft und Teilnahme, so geht es im Grunde um nichts anderes als die Anwendbarkeit der §§ 47 ff und der damit verbundenen Systematik auf die Unterlassungsdelikte. Dies ist kein isoliertes Subsumtionsproblem, es gehört vielmehr - wie Grünwald und Kaufmann gezeigt haben - zur allgemeinen Unterlassungsdogmatik, nämlich zur Frage der Vereinbarkeit des Unterlassens mit den Vorschriften und der Systemtik des Strafgesetzbuches.
Die Frage lautet demnach, wie das Unterlassen in das Strafgesetz eingegliedert ist und welche Folgen sich daraus für die Beteiligungsvorschriften ergeben.

1. Die Stellung der Unterlassungsdelikte im Strafrechtssystem

Die thematische Beschränkung dieser Abhandlung gestattet es nicht, eine vollständige Darstellung der systematischen Einbeziehung des Unterlassens in die Normen des Strafgesetzbuches zu geben. Es kann hier nur ein Weg zur Lösung dieser heftig umstrittenen Frage aufgezeigt werden. Trotz des dadurch begründeten Zwanges zur kursorischen Abhandlung dieser

Frage soll versucht werden, die gedankliche Entwicklung lückenlos und damit im einzelnen nachprüfbar darzulegen.

a. Das Wesen des Unterlassens als Gegenstand der Untersuchung

Bei der Prüfung, wie die Unterlassungsdelikte in das System des Allgemeinen Teils und der Straftatbestände des Strafgesetzes eingefügt sind, können die wesensbedingten Eigenheiten des Unterlassens auf zwei verschiedene Weisen einbezogen werden. Einmal könnte das Wesen der Unterlassung im Vergleich zur positiven Handlung erforscht werden. Dabei würden die für die Handlung wesentlichen Elemente bei der Unterlassung aufgesucht, und von daher wäre dann auf die Anwendbarkeit der gesetzlichen Norm auf das Unterlassen zu schließen. Weil diese Methode den Abhandlungen von Kaufmann und Grünwald zugrunde liegt, wurde sie schon erwähnt und für ungeeignet befunden (1).
Den genau umgekehrten Weg hat Herzberg eingeschlagen: Man müsse vom Unterlassen als der weniger schwerwiegenden Form strafbaren Verhaltens ausgehen und seine Elemente im Begehen aufsuchen; denn das minus könnte im maius voll enthalten sein, nicht jedoch das maius in dem minus (2).
Dieser methodische Ansatz kann jedoch für die Lösung der Probleme der Unterlassungsdogmatik kaum etwas beitragen, denn hierbei geht es ja um die Eingliederung des Unterlassens in das auf

---

1) s. oben S. 5 ff, 10 ff
2) Herzberg, Unterlassung, S. 17o

Begehungsdelikte zugeschnittene Strafgesetzbuch (1); Maßstab der Eingliederung muß demnach das Begehungsdelikt und nicht das Unterlassungsdelikt sein. Ist zudem - wie Herzberg meint - das Begehungsdelikt das maius im Vergleich zum Unterlassungsdelikt, so läßt sich mit seiner Methode nicht überprüfen, ob das Unterlassen als minus die gesetzlichen, auf Begehungsdelikte zugeschnittenen Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt. Dies hat im Ergebnis auch Herzberg erkannt, indem er nämlich seinen - gemäß seiner Methode reduzierten - negativen Handlungsbegriff in seinen dogmatischen Untersuchungen nicht verwendet (2).

Außer den bereits genannten Einwänden spricht gegen dieses Verfahren, daß es Gegensätzliches als Untersuchungsgrundlage zur Feststellung von Gemeinsamem benutzt: Denn wenn Handlung und Unterlassung sich wie a und non a gegenüberstehen (3) - was seit Radbruch als überwiegende Meinung bezeichnet werden kann (4) - so erscheint es widersinnig, von diesen

---

1) vgl. schon § 1 "Verbrechen sind Handlungen ..." und unten S. 73, 437
2) Herzberg, Unterlassung, S. 183
3) Dies wird im Grundsatz auch nicht berührt von Herzbergs "Klarstellung", daß es sich bei dem Begriffspaar nicht um "Töten - Nichttöten" sondern um Töten und "Nicht-vorm-Tode-Retten" handelt (Unterlassen, S. 16o); auch im Hinblick auf den strafrechtlichen Erfolg stellen sich die beiden Verhaltensarten als wesenmäßige Gegensätze dar, nämlich als "Töten durch Vornahme einer Handlung" und "Töten durch Nichtvornahme einer Handlung; vgl. auch Engisch, Gallas-Festschrift, S.164 Anm.1
4) Radbruch, Handlungsbegriff, S.14o; Roxin, Radbruch-Gedächtnisschrift, S. 261; Schönke-Schröder Vorbem. §1 RN 81. Auch die Vertreter eines gemeinsamen Handlungsbegriffs leugnen nicht die Gegensätzlichkeit der beiden Verhaltensweisen, sie wollen nur einen gemeinsamen Oberbegriff schaffen, der jedoch durchweg nichtssagend oder aber für die Eingliederungsfrage ohnehin unbrauchbar ist; vgl. Mezger-Blei, StuB AT § 23 I; Baumann, Grundbegriffe, S. 61, und Lehrbuch, S. 185; Herzberg, Unterlassung,S. 161 ff

Gegensätzen ausgehend, die Anwendbarkeit der Strafgesetze zu prüfen.

Man kann das Unterlassen aber zum andern auch in der Weise in die Untersuchung einbeziehen, daß man an dessen wesensmäßigen Eigenheiten die Grenzen der Anwendbarkeit der Strafvorschriften überprüft. Dadurch läßt sich tatsächlich die Unvereinbarkeit einer Vielzahl von Straftatbeständen mit dem Unterlassen feststellen (1). Ein solches Vorgehen kann jedoch nur zu einem sehr groben Ergebnis führen, weil durch den verhaltensbedingten Ausschluß einer Strafnorm oder eines bestimmten Bereiches einer Strafnorm nur die äußerste Grenze der Vereinbarkeit des Unterlassens mit dem Strafgesetz aufgezeigt wird.
Häufig wird dieser Weg auch nicht weiterführen, weil der Wortlaut der Strafvorschrift keinerlei Anhaltspunkt für seinen Anwendungsbereich auf die beiden Verhaltensarten gibt; dies gilt z.B. für die Fahrlässigkeitstatbestände und die gerade hier besonders wichtige Vorschrift der Anstiftung (2).
Außerdem kann auf diesem Wege nur der Teilbereich wesensbedingter Unanwendbarkeit des Unterlassens auf Strafvorschriften festgestellt werden. Die Frage, wie sich die Unterlassungsdelikte insgesamt in das Strafgesetz einfügen, kann hiermit nicht beantwortet werden.

Daher kann nur richtig sein, an das Strafgesetz selbst (3), insbesondere die Prinzipien anzuknüpfen, die den

---

1) vgl. Nickel S. 27 ff
2) s. unten S. 39 ff und 116 ff
3) so allgemein Gallas ZStW 67, 12

gesetzlichen Regelungen zugrunde liegen. Geschieht dies nicht, so gelangt man durch die allein verhaltensorientierte Analyse der Tatbestände zu einer rein positivistischen und inhaltlich nicht durchgebildeten Systematik, die keinen über das System hinausgehenden Wert besitzt (1) und für weitergehende dogmatische Fragen unbrauchbar ist.
Es ist also zu fragen, wie das Gesetz aufgrund seiner eigenen Struktur das Unterlassen erfassen könnte und welche Regeln dabei festzustellen sind. Hierbei müssen die übergeordneten Wertgesichtspunkte herausgestellt werden, die für das Gesetz bestimmend sind.
Die Grenzen der so erkannten Stellung der Unterlassungsdelikte im Strafrechtssystem werden durch das Wesen des Unterlassens bestimmt, sodaß dieser Untersuchung nur eine zweitrangige Bedeutung zukommen kann.

b. Das tatbestandliche Unrecht als gemeinsamer Bezugspunkt von Tun und Unterlassen

Die im Strafgesetzbuch enthaltenen Verhaltensweisen sind strafbar, weil sie gegen wichtige Interessen der Gemeinschaft verstoßen (2). Diese Sozialwidrigkeit ist allen Straftatbeständen ohne Ausnahme gemeinsam; denn wenn sich auch mit dem Wandel der Gesellschaft die Beurteilung ändern kann, welches

---

1) Vgl. die Systematik von Herzberg (Unterlassung, S. 129, 132) die außer dieser fehlenden inhaltlichen Ausfüllung auch noch darunter leidet, daß teilweise Verhaltensweisen zu den Unterlassungen gezählt werde die - wie das konkludente Schweigen - zum positiven Tun gehören; s. Herzberg, Unterlassung, S. 69 und unten S. 119 Anm.3 und 422 Anm.1
2) Hellmuth Mayer, 1967, S. 51

Verhalten als sozialwidrig anzusehen ist, so stellt schon das, was im Strafgesetz normiert ist, - nach der gegenwärtigen Anschauung - soziales Unrecht dar.

Die Sozialwidrigkeit ist jedoch nicht auf das Strafrecht beschränkt; es gibt viele Verhaltensweisen, die zwar sozialwidrig sind, aber nicht vom Strafgesetz erfaßt sind. Als Beispiel seien nur die Lüge, die arglistige Täuschung ohne Vermögensschädigungsabsicht und die fahrlässige einfache Sachbeschädigung genannt. Die Straftatbestände heben also wie Inseln aus dem Meer des Sozialwidrigen nur einzelne Verhaltensweisen heraus (1) und grenzen sie gemäß dem Gebot des nullum-crimen-Satzes des Art. 1o3 Abs.2 GG vom straflosen Verhalten ab.

Sozialwidrig kann sowohl ein Tun wie auch ein Unterlassen sein. Das ergibt sich schon daraus, daß das Strafgesetzbuch neben Begehungstatbeständen auch Unter-

zwar nicht ausdrücklich im

strafwürdig sind.

Da auch solches Verhalten, das nicht als strafwürdig gesetzlich normiert ist, soziales Unrecht enthalten beziehungsweise herbeiführen kann, muß bei der

---

1) zu diesem Bild vgl. Bettiol ZStW 72, 285
2) s. Androulakis S. 74; Bärwinkel S. 28; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 259; auch Dogmatik, Kaufmann, S. 274, der allerdings nur eine wertmäßige Verknüpfung anerkennen will, S. oben S. 12 ff; selbst dieses lose Band zerschneidet er durch seine These von der Ungleichwertigkeit von Tun und Unterlassen (s. unten S. 469).

Eingliederung der Unterlassung in das Strafgesetz vom dort beschriebenen Unrecht ausgegangen werden.

c. Die Vereinbarkeit des Unterlassens mit dem Unrecht der Straftatbestände

Nach der Art der von ihnen erfaßten Sozialschädlichkeit lassen sich die Straftatbestände in zwei Gruppen aufteilen: Der größte Teil sanktioniert die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern (1), d.h. von Lebens- und Gemeinschaftsgütern, die der Gesetzgeber als schützenswert ansieht und daher mit Strafdrohungen vor Verletzungen zu bewahren sucht. Diese Tatbestände sollen hier "Rechtsgutsdelikte" genannt werden.
Bei einem kleinen Teil der Strafvorschriften erschöpft sich das tatbestandliche Unrecht allein in einem bestimmten Verhalten, das schon an sich für die Gesellschaft unerträglich ist. Das schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber durch die Bestrafung dieses Verhaltens auch den Schutz der Rechtsgüter bezweckt (2). Wesentlich ist nur, daß das gesetzlich

---

1) Hier ist vom herkömmlichen Begriff des Rechtsgutes ausgegangen worden, vgl. Liszt ZStW 6, 674; Erik Wolf, Tatbestandsmäßigkeit, S. 9; Jescheck, Lehrbuch, § 26 I 3; Welzel, Lehrbuch, § 1 I 1; Roxin, Täterschaft, S. 413 Anm.63; Rudolphi, Honig-Festschrift, S. 154, 164; Marx, S. 62, 84 ff. Die neu entstandene Diskussion um den Rechtsgutsbegriff hat hierfür keine Bedeutung, vgl. hierzu Bettiol ZStW 72, 276 ff; Sina, Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"; Amelung S. 175 ff, 258 ff; Hassemer S.20 ff

2) s. Welzel, Lehrbuch, § 68 I; Maurach BT § 51 I B und unten S. 58 f. Solche Straftatbestände zählt Roxin zur Gruppe der "unechten eigenhändigen Delikte" und zeichnet sie dadurch aus, daß er bei ihnen die Teilnahme an unvorsätzlicher Tat für möglich hält (Täterschaft, S. 432).

beschriebene Verhalten schon an sich die Strafbarkeit begründet, ohne daß es noch auf eine Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung ankommt.

Anhand dieser zwei Arten strafwürdigen Unrechts (1) soll nun an Beispielen (2) dargestellt werden, inwieweit das Unterlassen dieses Unrecht erfüllen kann und sich somit tatbestandlich in das Strafgesetzbuch eingliedert.

(I) Die Rechtsgutstatbestände

(1) Reine Rechtsgutstatbestände

Durch positives Tun wie durch Unterlassen können solche Tatbestände erfüllt werden, die nur die Verletzung oder Gefährdung des geschützten Rechtsgutes als Strafgrund normieren, ohne eine besondere Art der Erfolgsherbeiführung vorzuschreiben.
Denn für den Erfolg muß derjenige, dessen positives Tun hierfür kausal geworden ist, ebenso zur Verantwortung gezogen werden, wie derjenige, der entgegen der ihn treffenden Garantenpflicht die gebotene Handlung unterlassen hat.

Diese Behauptung enthält ein zentrales Problem der Unterlassungsdogmatik: die Gleichstellung von Tun und Unterlassen durch Garantenpflichten (3). Durch die Formulierung in § 13 Abs.1 des 2. StrRG von der rechtlichen Einstandspflicht des Unterlassenden für

---

1) Unmittelbar hiermit hängt das Problem vom Erfolgs- und Handlungsunrecht zusammen; s. Stratenwerth ZStR 79, 253 ff; Krauß ZStW 76, 19 ff; zum ganzen Jescheck, Lehrbuch, § 6 I 1 und § 24 III
2) Hier kann nur eine exemplarische Behandlung dieser Frage erfolgen.
3) vgl. hierzu insbes. Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 83 ff; Androulakis S. 205 ff; Bärwinkel S. 25 ff; Schünemann S. 217, 229ff; Nickel S. 179 ff

die Erfolgsabwendung ist dieses Problem seiner Lösung keineswegs nähergekommen; denn mit der bloßen Verweisung auf die Garantenpflicht, ohne diese inhaltlich zu kennzeichnen oder einzugrenzen, wird die Frage weiterhin der Wissenschaft und Praxis zur Lösung zugewiesen (1).

Trotz der grundlegenden Bedeutung des Problems, welche Garantenstellungen aus welchen Gründen die strafrechtliche Haftung begründen (2), kann hierauf nicht näher eingegangen werden. Dies muß Inhalt gesonderter Untersuchungen sein und würde, wenn man es jetzt beiläufig erörterte, zu einer untragbaren Vergrüberung des Problems führen (3). Es ist aber auch nicht sehr schädlich, daß der Fragenkomplex hier ausgeklammert werden muß; denn die schmale Plattform von Übereinstimmung in Literatur und Rechtsprechnung reicht zunächst als Basis für die weitere Untersuchung aus. Es herrscht nämlich ein allgemeines Einverständnis zumindest darüber, daß es Garantenstellungen gibt, aufgrund derer ein Unterlassender ebenso die Verantwortung für den Eintritt eines sozialschädlichen Erfolges trägt, wie ein Handelnder aufgrund seines positiven Tuns (4).

Welche Garantenpflichten hierzu zählen, ob gegründet (unmittelbar) auf dem besonderen Verhältnis des Garanten zum betroffenen Rechtsgut oder (mittelbar)

---

1) vgl. Begründung zum AE S. 203; Schönke-Schröder Vorbem. § 1 RN 144; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 261 f; Herzberg, Unterlassung, S, 2 f
2) zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Unterlassungstatbestandes siehe unten S. 31 ff
3) Zu einzelnen Garantenpflichten wird jedoch im Verlauf der Abhandlung noch eingehender Stellung genommen, vgl. unten S, 106 ff.
4) vgl. Schünemann S.1 zu Anm.4

auf seiner Überwachungspflicht im Hinblick auf die akute Gefahrenquelle oder auf andere Umstände (1), und welches Gewicht sie bei der Strafzumessung besitzen (2), muß offen bleiben. Mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß die Verantwortlichkeit im Einzelfall sorgfältig geprüft und nachgewiesen werden muß (3), ist also im folgenden zunächst von der Gleichstellung des garantenpflichtwidrigen Unterlassens mit dem positiven Tun auszugehen.

---

1) vgl. Schönke-Schröder Vorbem. § 1 RN 1o1 ff. Wenn Schünemann (S. 3oo ff; ähnlich Schwarz, Diss., S. 165 ff) auch mit beachtlichen Argumenten die Ingerenz nicht als begehungsgleiche Garantenpflicht einordnen und nach bestehendem Recht somit auch nicht als haftungsbegründende Garantenpflicht anerkennen will, so kann seine Ansicht doch nicht der zu entwickelnden Beteiligungsabgrenzung zugrundegelegt werden: Denn zum einen ist trotz der ins einzelne gehenden Untersuchung Schünemanns die Einsicht nicht widerlegt, daß die persönliche Herrschaft des Handelnden über das gefährliche Vorverhalten auch die Ingerenz als Garantenstellung aus dem Herrschaftsprinzip rechtfertigen kann; und zum andern soll das Ergebnis dieser Arbeit eine für die herrschende Meinung - also mitsamt der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun - akzeptabele Lösung abgeben, und der Gesetzgeber stützt durch die Gleichwertigkeitsklausel des § 13 Abs.2 des 2. StrRG gerade die Befürworter der weniger schwerwiegenden Fälle der Ingerenz (s. unten S. [illegible]).
Zudem scheint der Herrschaftsgedanke als Grundprinzip der Garantenpflichten aus Verwandtschaft usw. überspannt zu sein, weil die "Herrschaft über die Anfälligkeit des Opfers" (S. 341 f) allenfalls als Folge, nicht jedoch als Grund dieser Garantenpflicht angesehen werden kann; der Grund ist vielmehr in der treuhänderischen Vertrauensstellung des Garanten zu sehen (vgl. unten S. 35o ff). Gilt aber die personale Herrschaft nicht als allgemeines Garantenprinzip, so ist auch die Ableitung der Ingerenz aus dem Rechtsgedanken des "versari in re illicita" bzw. aus der Gefährdungshaftung möglich.

(a) Die Vorsatztatbestände

Den "reinen Rechtsgutstatbeständen", die allein die Rechtsgutsbeeinträchtigung als Strafgrund enthalten, kommen die Vorschriften des Strafgesetzbuches am nächsten, die nur die vorsätzliche Erfolgsherbeiführung verlangen, z.B. § 212 ("töten"), § 303 ("Sache beschädigen").

Für den unbefangenen Leser scheinen die "kausalen Tätigkeitsworte" (1) der vorsätzlichen Delikte ausschließlich auf das positive Tun zugeschnitten zu sein, weil man in ihnen vor allem die Kennzeichnung eines bestimmten Verhaltens zu finden meint. Demzufolge scheinen diese Begriffe des Unterlassens den unterlassenden Garanten nicht unmittelbar erfassen zu können.
Diesem Eindruck folgen viele Autoren, die sich mit der Gleichstellungsfrage befaßt haben, und sie stellen deshalb neben die gesetzlichen "Begehungstatbestände" durch Ergänzung der Garantenstellung (2) oder durch wertgleiche Neuschöpfung (3) gesonderte Unterlassungstatbestände. Ein solches Vorgehen steht jedoch in krassem Gegensatz zur nullum-crimen-Garantie des Art 103 Abs.2 GG (4) und ist mithin als verfassungswidrig abzulehnen.

Hellmuth Mayer versucht diesem Einwand dadurch zu entgehen, daß er die Tatbestände mithilfe der Umgangssprache auslegt (5). Das Tatbild nämlich, das durch die Worte "töten" oder "eine Sache beschädigen" gekennzeichnet werde, könne nach dem üblichen Lebenssprachgebrauch ebenso durch bestimmte Unterlassungen

---

1) von Weber, Grundriß, S. 52
2) Nagler GS 111, 51 f; Schönke-Schröder Vorbem. § 1 RN 58; Jescheck, Lehrbuch, § 58 Anm.39 mwN.
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 251 ff, 255 und JuS 1961, 175; Welzel, Lehrbuch, § 28 Vorbem.2 und oben S.11
4) h.M. s. bes. Kaufmann, Dogmatik, S. 281 f; H. Mayer, 1967, S. 80; Nickel S. 24 ff
5) H. Mayer, 1967, S. 81

erfüllt werden wie durch Handlungen (1). Die "reinen Verursachungstatbestände" der Fahrlässigkeitsdelikte würden auf diese Weise ebenfalls Unterlassungen erfassen. Es komme nur darauf an, daß das Unterlassen das gleiche Maß verbrecherischer Willensintensität verkörpere.
Hellmuth Mayer wird vielfach vorgeworfen, er verbessere durch sein Vorgehen das Verhältnis der ungeschriebenen Unterlassungsdelikte zum nullum-crimen-Grundsatz keineswegs (2). Dem kann nicht völlig zugestimmt werden, denn immerhin trifft ihn wegen der Subsumtion der Unterlassungsdelikte unter den gesetzlichen Tatbestand nicht der Vorwurf der Analogie.
Berechtigt ist der Vorwurf aber insoweit, als die Auslegung des Gesetzeswortlauts in Anlehnung an die Umgangssprache sehr unsicher ist und deshalb die ebenfalls vom nullum-crimen-Grundsatz geforderte Tatbestimmtheit vermissen läßt (3). Aber trotz dieses Mangels, der ja auch in anderen Straftatbestimmungen zu finden ist (z.B. §§ 226 a, 24o Abs.2, 36o Ziff. 11) (4), ist dieses Vorgehen im ganzen als Fortschritt bezüglich der rechtsstaatlichen Garantie des Art. 1o3 Abs.2 GG zu bewerten.
Aber aus anderen Gründen kann das Problem der unechten Unterlassungsdelikte bei den §§ 212, 3o3 etc. nicht durch dieses Verfahren gelöst werden. Denn nur ein geringer Teil der von der überwiegenden Literatur und der Rechtsprechung anerkannten Fälle des strafbaren Unterlassens könnte unter die Tatbestände

---

1) H. Mayer, Rittler-Festschrift, S. 246
2) Welzel, Lehrbuch, S. 161 (4. Aufl.), Kaufmann, Dogmatik, S. 271 Anm. 153
3) vgl. Nickel S. 29
4) dazu besonders Roxin JuS 1964, 373 zu Anm.1

dieser Delikte subsumiert werden, wenn man von dem "natürlichen Sprachgebrauch" der Tatbestandsmerkmale ausgehen würde. So würde mit Sicherheit niemand sagen, der Vater, der zuschaute, wie sein Kind im Fluß ertrank, oder der Aufseher in der Pflegeanstalt, der nicht gegen den todbringenden Angriff eines Irren gegen den anderen vorging, habe das Opfer "getötet".
Auch zeigt die Reflektion über den Begriff des Tötens entsprechend dem natürlichen Strachgebrauch, daß hier kaum eine klare Grenzziehung, vor allem in schwierigen Fällen, möglich ist (1). Die Umgangssprache könnte allenfalls eine grobe Leitlinie abgeben, sie bedürfte aber zur juristischen Handhabung - gerade im Bereich des Strafrechts - einer exakten Durchdringung, wie es z.B. auch bei den Begriffen "Vermögen" (§ 263), "Urkunde" (§ 267) geschieht. Hierbei verliert sich jedoch H. Mayer in unverbindlichen Auslegungsempfehlungen: Das "Maß der verbrecherischen Willensintensität" (2) ist ebenso eine kaum präzisierbare Richtlinie wie ein ungeeigneter Anknüpfungspunkt; denn ob der Vater, der als leidlicher Schwimmer seinem ertrinkenden Kind nicht zu Hilfe kommt, und der hervorragende Rettungsschwimmer, der unter Hinweis auf seine Freizeit seine Hilfe verweigert, nach § 212, § 330 c oder gar nicht zu bestrafen sind, richtet sich sicher nicht nach ihrer "verbrecherischen Willensintensität" - diese kann allenfalls für die Strafzumessung Bedeutung haben.
Berücksichtigt man außerdem noch, daß es keine Anhaltspunkte dafür gibt, die §§ 212, 303 etc.

---

1) ebenso Herzberg, Unterlassung, S. 110
2) vgl. H. Mayer, 1967, S. 81

"tatbildmäßig" auszulegen, dagegen die Fassung der Tatbestände auf Zufällen beruht - wie Hellmuth Mayer selbst feststellt -, so liegt kein Grund vor, die Strafbestimmungen so eng und nach solch unsicheren Maßstäben wie dem "natürlichen Sprachgebrauch" auszulegen.

Könnte man aber diese Tatbestände als reine Rechtsgutstatbestände behandeln, so wäre es möglich, den für die Rechtsgutsverletzung verantwortlichen, garantenpflichtigen Unterlassenden ebenso wie den Handelnden unmittelbar mit diesen Vorschriften zu erfassen und damit der Kollision mit Art. 103 Abs.2 GG zu entgehen.
Hierfür spricht, daß heute aufgrund der Gefahren der Technik und der Verflochtenheit der Gesellschaft nicht jeder Rechtsgutträger selbst auf die Unversehrtheit seiner Güter aufpassen kann. Vielmehr müssen die vielfältigen Gefahren kontrolliert und eingedämmt werden und bestimmte Personen, von denen der Rechtsgutträger zur Erhaltung seiner Güter abhängig ist, ihren Beitrag zum Rechtsgutschutz leisten (1). Darum besteht für eine Rechtsordnung, die diese Güter schützen will, das Bedürfnis, auch Inhaber der Schutzposition zu belangen, falls sie ihrer Aufgabe nicht nachkommen. Daß dieses Bedürfnis auch in unserer Rechtsordnung besteht, zeigt die Zahl der Verurteilungen wegen unechter Unterlassungsdelikte sowie die Bemühung der Lehre, solche Vergehen in das Strafgetzbuch zu integrieren.
Auch wenn es für die heutige Auffassung nicht maßgebend sein kann, so sei doch darauf hingewiesen,

---

1) vgl. Granderath S. 21; Schünemann S. 250

daß der Gesetzgeber von 1871 bzw. 1851 mit diesen Tatbeständen den Handelnden und den strafwürdigen Unterlassenden gleichermaßen zu erfassen meinte (1); dies, obwohl der Wortlaut jener Vorschriften ebenso wie das ganze Strafgesetzbuch eher auf positives Tun zugeschnitten sind (2).

Wenn also nach dem Zweck und der Geschichte dieser Vorschriften ihre Behandlung als reine Rechtsgutsdelikte, die sowohl das Tun wie das Unterlassen enthalten, gerechtfertigt ist, so bleibt nur noch die Frage offen, ob dies mit dem Wortlaut der Tatbestände zu vereinbaren ist.
Nach § 212 ist als Totschläger zu bestrafen, "wer einen Menschen vorsätzlich tötet". Ob hiervon auch ein Unterlassen erfaßt werden kann, hängt allein am Inhalt des Wortes "töten" - ebenso an den Begriffen "an der Gesundheit beschädigen" in § 223, "Sache beschädigen" in § 303. Mit diesen Tatbeständen wird ein bestimmtes Verhalten gekennzeichnet. Dies geschieht aber nicht dadurch, daß das gemeinte Verhalten selbst benannt wird; es steht dort also z.B. nicht, wer einen Menschen erschießt, erwürgt, ersticht. Vielmehr kann jedes beliebige Verhalten "Töten" sein, z.B. das Trinken von großen Alkoholmengen mit einem diensthabenden Schrankenwärter, das Einschalten des Starkstroms während einer Reparaturarbeit usw. (3). Das gemeinsame Merkmal dieser Verhaltensweisen ist der zuzurechnende Verletzungserfolg; von hier erhält die Gattung von Verhaltensweisen die gemeinsame Qualifizierung.

---

1) Clemens S. 47; Schünemann S. 48 ff; Jescheck, Lehrbuch, § 58 IV 5 a mwN.
2) H. Mayer, 1967, S. 75; Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 70 und unten S. 73 und 437
3) Androulakis S. 150 f

Diese Gattungsbezeichnung ist Gegenstand der rechtsstaatlichen Garantie des Art 1o3 Abs.2 GG: Jeder, der "tötet" etc., ist so zu bestrafen (1). Nicht in dieser Garantie ist die Konkretisierung der Gattungsmerkmale enthalten; die Konkretisierung hat vielmehr gemäß Art. 2o Abs.3 GG durch die Gerichte als Auslegung normativer Tatbestandsmerkmale zu geschehen. Meint z.B. der mittelbare Täter, sein Verhalten (Einwirken auf einen Irrenden) sei kein "Töten", obwohl es nach der juristischen Auslegung so ist, dann wird seine falsche Wertung des Verhaltens nicht beachtet (2).
Untersucht man die Gattungsbezeichnung "Töten" näher, um zu erkennen, welche Verhaltensweisen davon erfaßt werden, so stellt man zunächst fest: Das Verhalten, das man gemeinhin als Töten bezeichnen würde, nämlich das Erschießen, Erdrosseln usw. - die unmittelbare Verletzungskausalität (3) - macht nur einen kleinen Teil des davon erfaßten Verhaltens aus. Wer z.B. im Moment des Herannahens des Zuges ein Kind von der anderen Seite der Geleise anruft und es so in den Zug laufen läßt, oder wer dem ahnungslosen Studenten weismacht, die von ihm zu schleudernde Handgranate sei ein ungefährlicher Farbtopf, hat

---

1) Eine ähnliche Überlegung stellt Sax (Grundrechte S. 1oo1) an, wenn er die nullum-crimen-Garantie auf das Gebot beschränkt, daß das strafbare Unrecht gesetzlich lediglich "typisiert" sein müsse. Schünemann (S. 27o) betrachtet die "objektive Bestimmbarkeit der Strafrechtsnorm" und damit auch die gegenwärtige Tatbestandsbeschreibung im Hinblick auf seine aus der Natur der Sache zu entnehmenden Garantenpflichten als mit Art. 1o3 GG vereinbar. Vgl. auch Nickel (S. 172), der den gleichen Ausgangspunkt wählt, aber später zur Verfassungswidrigkeit der unechten Unterlassungsdelikte kommt, weil er die Garantiepflicht als solche zum Objekt des nullum-crimen-Satzes erhebt (S. 179)
2) allgem. Ansicht, vgl. Schönke-Schröder § 59 RN 52
3) siehe unten S.41 Anm.3

ebenfalls getötet im Sinne des § 212. Ob hingegen die Umgangssprache das Locken des Kindes und die Täuschung des Studenten als Töten bezeichnen würde, erscheint zweifelhaft.
Alle Fälle des "Tötens" könnte man so beschreiben, daß sie solches Verhalten darstellen, aufgrund dessen dem Täter der Erfolg als sein Werk angelastet werden muß, aufgrund dessen er verantwortlich für den Tod ist (1). Ob nun das konkrete Verhalten als "Töten" in diesem Sinne anzusehen ist, muß die juristische Subsumtion entscheiden: Dies ist z.B. zu bejahen bei den verschiedenen Fällen der mittelbaren Täterschaft, wenn der Täter kraft seines besseren Wissens den Kausalverlauf im Gegensatz zu dem unmittelbar Handelnden übersieht, und auch dann, wenn der Täter eine 'tatsächliche Schutzposition' für das Rechtsgut im Hinblick auf die Rechtsgutsverletzung beseitigt, also z.B. das auf den Ertrinkenden zutreibende Rettungsboot anhält (2).
So ist auch zu fragen, wann jemandem aufgrund seines Unterlassens der Erfolg als sein Werk anzulasten ist (3).
Das bloße Unterlassen der Hilfshandlung stellt zwar schon an sich ein Unrecht dar, wie die Bestrafung dieses Verhaltens in besonderen Fällen nach § 330 c zeigt. Es reicht jedoch nicht aus, um den Erfolg der Rechtsgutsverletzung dem Unterlassenden anzulasten. Dies kann erst geschehen, wenn er

---

1) vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 27 II; hier kann auch Schünemanns Gedanke der personalen Herrschaft als Zurechnungsgrund für den Erfolg (S. 234 ff) weiterhelfen.
2) dazu Roxin, Engisch-Festschrift, S. 386 und unten S. 41 Anm. 3
3) vgl. dazu Schünemanns Herrschaftsbegriff (S. 235), demzufolge die Zurechnung qua Garantenpflicht bei einer Herrschaft über den Erfolgsgrund oder über die Anfälligkeit des Opfers geschehen soll.

gegenüber dem betreffenden Rechtsgut Träger einer besonderen Schutzpflicht - eben der Garantenpflicht - ist und dieser Pflicht nicht nachkommt. Dann ist nämlich die Rechtsgutsverletzung als sein Werk ihm zuzurechnen, weil er durch das Nichtbefolgen der Garantenpflicht die von der Rechtsordnung für das Rechtsgut aufgestellte Schutzposition ignoriert und damit außer Wirkung gesetzt hat (1). Somit erscheint es hier berechtigt, den Unterlassenden dann als verantwortlich für den Erfolg anzusehen und damit sein Verhalten als "Töten", "Gesundheitsbeschädigung" usw. zu bewerten, wenn er aufgrund einer Garantenpflicht verpflichtet war, das Rechtsgut vor der Verletzung zu schützen, und ihm diese Rettung auch möglich war.

Versteht man also das Verb "töten" in § 212 ebenso wie die Worte "an der Gesundheit beschädigen" in § 223 und "Sache zerstören oder beschädigen" in § 303 nicht nur als verhaltensbezogene Tätigkeitsworte (2), sondern als "erfolgsbezogene Gattungsbegriffe", die einer außergesetzlichen Ausfüllung bedürfen, so können diese Vorschriften als reine Rechtsgutstatbestände sowohl durch positives Tun als auch durch garantenpflichtwidriges Unterlassen erfüllt werden. Einer solchen Behandlung der genannten Tatbestände scheint nichts im Wege zu stehen. Durch sie werden zudem die gattungsmäßig erfaßten Unterlassungen gemäß dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art 103 GG in das Strafgesetz integriert und somit jene Schwierigkeit der herrschenden Meinung beseitigt.

---

1) Daß die Durchdringung der Garantenpflichten, ihre Ausgestaltung und systematische Erfassung eine wichtige Aufgabe der Rechtswissenschaft darstellt, soll hierdruch nicht in Zweifel gezogen werden; vgl. oben S. 29. Dieses Problem soll auf diesem Wege nur seiner verfassungsrechtlichen Relevanz enthoben werden.

2) s. oben S. 31

(b) Die Fahrlässigkeitstatbestände

Die Fahrlässigkeitstatbestände, die lediglich die fahrlässige Verursachung der Rechtsgutsverletzung verlangen (§§ 222, 23o, 3o9), gehören offenbar ebenso wie die oben untersuchten vorsätzlichen Tatbestände zu den reinen Rechtsgutsdelikten. Denn auch hier ist für die Strafbarkeit die Zurechnung der Rechtsgutsverletzung maßgebend, ohne daß dem Verhalten eine eigene Bedeutung für den Unrechtsgehalt der Tat zukommt (1).
Daß der Tatbestand von der Verursachung des rechtswidrigen Erfolges spricht, deutet nicht auf eine besondere Art der Erfolgsherbeiführung hin - was die typisierten Rechtsgutsdelikte auszeichnet (2) - sondern beschreibt nur das Merkmal der Kausalität, das für die Erfolgszurechnung notwendig ist. Der Gesetzgeber hätte diesen Tatbestand genauso formulieren können: "Wer einen Menschen fahrlässig tötet" - wie umgekehrt die erfolgsbezogenen Gattungsbegriffe meist als Verursachungsbegriffe verstanden werden (3).

---

1) Die beiden Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit enthalten auch ein unterschiedliches Maß von sozialem Unrecht; denn der vorsätzliche Verstoß gegen die Rechtsordnung wiegt weitaus schwerer als die durch vorwerfbare Unachtsamkeit bedingte Kollision mit der Rechtsordnung. Diese Unrechtsdifferenz zieht sich durch das ganze Strafgesetzbuch, ohne daß sie hier berücksichtigt werden darf. Würde sie nämlich in diese Unterteilung einbezogen, so könnte gar kein reines Rechtsgutsdelikt gefunden werden, da immer ein bestimmtes Maß von Verhaltensunrecht vorhanden ist. Da sich Fahrlässigkeit und Vorsatz auf das gleiche unerlaubte Verhalten beziehen können, ohne daß dieses sich in seinem Unrechtsgehalt verändert, kann auch das unterschiedliche Maß des Unrechts bei den Schuldformen übergangen werden (vgl. dazu Schmidhäuser, Vorsatzbegriff, S. 18).
2) s. unten S. 44 ff
3) s. H. Mayer, 1967, S. 129; Jescheck, Lehrbuch, § 28 I 1; Nickel S. 28; Schönke-Schröder § 212 RN 3

Wenn also insoweit kein Unterschied zwischen den vorsätzlichen reinen Rechtsgutsdelikten und diesen Fahrlässigkeitstatbeständen besteht, so bleibt noch zu untersuchen, ob hier wie dort auch die unechten Unterlassungsdelikte unmittelbar unter den Wortlaut der Tatbestände subsumiert werden können.

Nach dem Gesetzestext muß der Fahrlässigkeitstäter den Erfolg "verursacht" haben (§§ 222, 23o, 3o9) (1). Versteht man nun wie Welzel (2) und Kaufmann (3) die Verursachung als reale Seinskategorie im Sinne einer natursetzlichen Bewirkung, so kann der Unterlassende, da er tatsächlich nichts bewirken kann (4), diesen Tatbestand nicht erfüllen (5). Aus den gesetzlichen Tatbeständen, die ausdrücklich ein Unterlassen als "ursächlich" für einen Erfolg bezeichnen (6), ergibt sich jedoch schon, daß der

---

1) Daß das Wort "herbeiführen" in § 3o9 nur eine stilistische Besonderheit ohne rechtliche Auswirkung darstellt, dürfte unstreitig sein; vgl. Lackner-Maassen § 3o9; RGSt 75, 49,5o
2) Lehrbuch, § 9 I 2
3) Dogmatik, S. 6o
4) das ist heute unstreitig, vgl. Traeger, Kausalbegriff, S. 71; Nagler GS 111, 7o und 76; Maurach AT § 45 III A 2; Androulakis S. 83; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 141
5) so konsequent Welzel, Lehrbuch, § 18 A III c; Kaufmann, Dogmatik, S. 61 ff - zu dessen Differenzierung zwischen Kausalität der Unterlassung und des Unterlassenden vgl. Engisch JZ 1962, 19o 2. Spalte
6) Beonders deutlich ist dies bei § 315 c Ziff.2 g, wo der Gefährdungserfolg durch das Unterlassen der Kennzeichnung liegengebliebener Fahrzeuge verursacht sein muß; s. Jescheck, Lehrbuch, § 59 III 3. Nach wohl einhelliger Ansicht erfaßt das Wort "Handlung" in § 221 Abs.3 alle Alternativen des Abs.1, der auch ein Unterlassungsdelikt enthält (BGHSt 21, 47; a.A. Dreher JZ 1966, 581). Damit wird auch hier ein Unterlassen ausdrücklich als ursächlich bezeichnet.

naturwissenschaftliche Kausalbegriff für das Strafrecht nicht maßgebend sein kann (1).
Da es beim Strafrecht nicht darum geht, Geschehensabläufe naturwissenschaftlich zu analysieren, sondern sie auf ihren sozialen Wert und Unwert zu überprüfen und dementsprechend einzuordnen, müssen auch die Tatbestandsmerkmale entsprechend ausgelegt werden: Nach der weit überwiegenden Ansicht ist ein Unterlassen im rechtlichen Sinne kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der eingetretene Erfolg entfiele (2); denn nur beim Vorliegen dieser Beziehung zwischen dem Verhalten und dem sozialwidrigen Erfolg kann eine Verantwortlichkeit des Unterlassenden für den Erfolg in Betracht kommen.
Trotz aller Vorbehalte gegenüber der Bedingungsformel (3) ist ihr doch insoweit zuzustimmen. Bei den Unterlassungsdelikten dient sie dazu, das tatbestandliche Merkmal der Ursächlichkeit auszufüllen.

---

1) h.M. vgl. Nickel S. 49 ff; Schönke-Schröder § 1 RN 141; Maurach AT § 45 III A 2
2) die sogen. Bedingungsformel von v.Buri - s. Jescheck, Lehrbuch, § 59 III 3; Baumann, Lehrbuch, S. 228; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 271 ff; RGSt 75, 49,5o
3) vgl. Engisch, Kausalität, S. 14; Samson S. 3o ff; dazu unten S. 112. Die neueren Lehren von der objektiven Erfolgszurechnung bei Vorliegen der Kausalität und der objektiven Gefahrerhöhung für das Rechtsgut würden für die Unterlassungsdelikte bedeuten, daß der - kausale - Tatbeitrag des Unterlassenden entweder die Gefahr erzeugt (die nicht verhinderte Überhitzung des Reaktors bewirkt die Explosion (, oder das Rechtsgut einer bereits bestehenden Gefahr aussetzt (die Schotten des Schiffes werden beim Wassereinbruch nicht geschlossen) oder eine tatsächliche Schutzposition für das Rechtsgut ausschaltet (vor der steigenden Flut betrinkt sich der Schleusenwärter, um später nicht die Schleusentore schließen zu können).

Unbefriedigend bleibt nur, daß mit dieser Formel der Kreis der kausalen Unterlassungen sehr weit gezogen wird und damit die Funktion der Kausalität im Straftatbestand - das strafrechtlich relevante Verhalten einzugrenzen - verloren geht (1). Sofern nämlich ein Mensch in der Lage ist, unmittelbar oder durch Einschaltung Dritter erfolgsabwendend auf den rechtsgutverletzenden Kausalverlauf einzuwirken, müßte sein Verhalten als kausal für den Erfolgseintritt angesehen werden. Die Zahl kausal gewordener Menschen wird damit im Einzelfall unüberschaubar, weil ja regelmäßig schon eine telefonische Warnung an den Rechtsgutsinhaber den Schaden verhindern würde und diese erfolgsabwendende Handlung von fast jedem Menschen vorgenommen werden kann.

> A kauft sich morgens vergiftete Fische, um sie mittags zu essen. Nach dem Essen stirbt er.

Da nicht nur der Fischkaufmann und der Nachbar des A diesen warnen und damit vor dem Tode hätten retten können, sondern fast jeder Bürger der Stadt oder sogar des Landes mit Hilfe eines Telegramms oder etwas Ähnlichem dazu objektiv imstande war, wäre nach der Bedingungsformel eine riesige Zahl von Menschen wegen Unterlassens der erfolgsabwendenden Handlung kausal für den Tod des A geworden (2).

Deshalb wird teilweise für Unterlassungsdelikte eine Einschränkung der Kausalitätsformel durch

---

1) Eb. Schmidt, Frank-Festschrift, S. 115
2) Schünemann (S. 243) sieht dagegen eine solche potentielle Kausalität grundsätzlich nicht als ausreichend für die objektive Erfolgszurechnung an und bietet eine Eingrenzung der kausalen Zurechnung mit dem Merkmal der "aktuellen Bedingung" an; er zieht diese Ansicht jedoch schon selbst wieder in Zweifel, indem er bei einer "aktuellen Herrschaft über die Erfolgsursache" für die objektive Zurechnung wiederum eine bloße Warnungsmöglichkeit genügen läßt.

Einbeziehung der Garantenpflicht befürwortet: Nur ein solches Unterlassen soll ursächlich sein, "das einer besonderen Rechtspflicht zur Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges zuwiderläuft" (1).
Diese Vermengung an sich selbständiger Elemente der objektiven Erfolgszurechnung erschwert zwar nicht die sachgemäße Lösung von Fällen möglicher Unterlassungsverantwortlichkeit: Ob in dem vorstehenden Beispiel die Masse der Bürger aus der strafrechtlichen Prüfung ausscheidet, weil sie wegen fehlender Handlungspflicht nicht kausal ist oder weil sie zwar kausal, aber nicht Träger einer Handlungspflicht ist, bleibt im Ergebnis völlig gleich. Dennoch muß das Einbeziehen der Garantenstellung in den Kausalbegriff als unsystematisch verworfen werden, zumal keinerlei Anlaß zu solch einem Vorgehen besteht.
Die herkömmliche Kausalitätsformel genügt insoweit den gesetzlichen Anforderungen, denn durch sie wird die Möglichkeit einer objektiven Beziehung zwischen einer bestimmten Verhaltensweise und dem Erfolg festgestellt. Daß die Kausalität die Funktion der Eingrenzung des strafrechtlich relevanten Verhaltens bei den Unterlassungsdelikten weitgehend verloren hat, ist zudem nicht nachteilig, weil die Handlungspflicht diese Funktion übernimmt. Dies ist jedoch kein Grund, die beiden selbständigen Elemente der objektiven Erfolgszurechnung miteinander zu vermengen. Es mutet vielmehr äußerst befremdlich an, wenn die Prüfung der Kausalität, die sich stets nur auf tatsächliche Umstände bezieht, bei den Unterlassungsdelikten von der Rechtsfrage der Existenz einer Handlungspflicht abhängen soll.

---

1) Engisch, Kausalität, S. 31; Kahrs S.36; E.A. Wolff, Kausalität, S. 37 ff; vgl. auch H. Mayer, 1953, S. 115 im Gegensatz zu den Ausführungen auf S. 139 und später, 1967, S. 81

Auch die weitere tatbeständliche Voraussetzung der §§ 222, 23o, 3o9, daß nämlich der Erfolg "durch Fahrlässigkeit verursacht" sein muß (1), verlangt weder eine besondere Art der Kausalität (2) noch eine best_immte Begehungsart, die den reinen rechtsgutschützenden Charakter dieser Tatbestände in Frage stellen könnte. Durch diese Formulierung wird nur der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolgseintritt hervorgehoben (3).

Somit gehören auch die genannten Fahrlässigkeitstatbestände zu der Gruppe der reinen Rechtsgutsdelikte.

(2) Die typisierten Rechtsgutstatbestände

Der weitaus größte Teil der Straftatbestände stellt nicht nur wie die reinen Rechtsgutsdelikte die Verantwortlichkeit für eine Rechtsgutsbeeinträchtigung unter Strafe, sondern verlangt außerdem für die Tatbestandserfüllung ein bestimmtes, aufgrund der Erfahrung als typisch erkanntes Verhalten (4).

---

1) Zu der abweichendende Formulierung in § 3o9 vgl. oben S. 4o Anm.1
2) Eine Mindermeinung hat demgegenüber die Ansicht vertreten, daß wegen der Fassung der Tatbestände bei den Fahrlässigkeitsdelikten das Merkmal der Sorgfaltswidrigkeit in die Kausalitätsprüfung einbezogen werden müsse; vgl. Nagler in LK 6. Aufl., 1944, Bd.1 S.55; BGHSt 11,1; kritisch dazu Schönke-Schröder § 59 RN 159 mwN; Jescheck, Lehrbuch, § 54 I 3; Roxin ZStW 74, 419; Welzel, Lehrbuch, § 18 I 2 a; Lackner-Maassen § 59 IV 2 a
3) Welzel, Lehrbuch, § 18 I 2 a; Lackner-Maassen § 59 Anm. IV 2 a cc
4) Stratenwerth, Lehrbuch, S. 273: Das Delikt wird nicht nur vom Erfolg her charakterisiert, sondern auch vom Verhalten her.

Dieses Verhalten kann in einer bestimmten Art der Erfolgsherbeiführung oder einem begleitenden Verhalten bestehen. Es können aber auch andere zusätzliche Unrechtsmerkmale gefordert werden, etwa eine besondere Stellung der Verantwortlichen zum Rechtsgut, ein Gesinnungsmerkmal oder eine spezielle Absicht.

Je nach dem Inhalt des Tatbestandes, nämlich nach der Typisierung des zusätzlichen Unrechtsmerkmals, kann der Straftatbestand nur durch positives Tun oder nur durch Unterlassen oder durch beide Verhaltensweisen erfüllt werden (1). Welche Möglichkeiten im Einzelfall gegeben sind, kann nur eine sorgfältige Prüfung, die sowohl Wortlaut wie Zweck der betreffenden Strafbestimmung in Betrachtung zieht (2), im Einzelfall ergeben.
So können z.B. die Tatbestandsmerkmale "wegnehmen" (§§ 242 (3), 249), "Aufforderung" (§§ 11o,111) nicht durch Unterlassen erfüllt werden. weil sie begrifflich ein Tun voraussetzen. Andererseits kann das Merkmal "entweichen lassen" (§§ 121, 347) nur durch Unterlassen verwirklicht werden (4).

---

1) vgl. Nickel S. 27 ff; zur weiteren Unterteilung des Unrechts in höchstpersönlich und fremdhändig erfüllbares Unrecht vgl. unten S. 347
2) Dadurch wird das Gleichstellungsproblem weitgehend in den Besonderen Teil des StGB verlagert, vgl. AE S. 2o3; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 274; auch Schünemann S. 276 f. Zur gleichen Problematik im ausländischen Strafrecht vgl. Mezger-Schönke-Jescheck Bd.4 S. 286, Jescheck-Goldmann ZStW 77, 138. Über die wesensmäßige Grenze der Auslegung vgl. oben S. 24 f.
3) vgl. Kaufmann, Dogmatik, S. 299, wodurch seine Lehre vom Einheitstäterbegriff gezwungen wird, die "kriminalpolitisch" bedingte Beihilfe durch Unterlassen zuzulassen. Anders aber neuerdings Herzberg, Unterlassung, S. 138, der jedoch nicht das aktive Element des Weg-"Nehmens" beachtet, welches mehr als nur das Verursachen des Gewahrsamsbruches verlangt, nämlich den Eingriff in die Gewahrsamssphäre des Berechtigten.
4) s. Welzel, Lehrbuch, § 72 V 2 a. Das positive Tun wird bei dieser Vorschrift durch das Merkmal "Befreiung befördern" erfaßt.

Eine solche eindeutige Abgrenzung läßt sich jedoch nicht bei allen Straftatbeständen durchführen. Immer dann, wenn das typisierte Verhalten durch Begriffe gekennzeichnet wird, die auf positives Tun wie auf Unterlassen zutreffen können, ist die Verwirklichung dieses Tatbestandes durch die beiden Verhaltenweisen möglich.
Ist dagegen der Straftatbestand durch die gesetzliche Formulierung nur auf eine Verhaltensart zugeschnitten, und gestatten es weder eine extensive Auslegung der Tatbestandsmerkmale noch der Strafgrund der betreffenden Vorschrift, diese auf die andere Verhaltensart auszudehnen, so kann der jeweilige Tatbestand nur durch die eine, ausdrücklich bestimmte Verhaltensweise erfüllt werden.
Bei den typisierten Rechtsgutsdelikten lautet also die Frage der Gleichstellung des Unterlassens mit dem Straftatbestand - neben der Garantenpflicht - stets, ob der für die Rechtsgutsbeeinträchtigung verantwortliche Unterlassende mit der Verantwortlichkeit für den Erfolgseintritt das gesamte tatbestandliche Unrecht erfüllt hat oder ob der Tatbestand darüberhinaus noch weitere Unrechtsverwirklichung voraussetzt. In diesem Falle kann die täterschaftliche Bestrafung des Unterlassenden nur dann in Betracht kommen, wenn er auch dieses zusätzliche Unrecht in zurechenbarer Weise verwirklicht hat (1).
Ein Blick in die Kommentierungen und Erläuterungen zu den Straftatbeständen des Besonderen Teils offenbart die Intensität, mit der man sich diesem Auslegungsproblem - zum Teil unter deutlicher Überschreitung

---

1) vgl. Gallas in Niederschriften, Band 12, S. 80; Schünemann S. 366 ff; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 274; Herzberg, Unterlassung, S. 56 ff sowie den Hinweis des künftigen Rechts (§ 13 Abs.1 2.HS) auf diese Prüfung

der Auslegungsgrenzé des Art 1o3 Abs.2 GG (1) - gewidmet hat (2). Daraus wird auch deutlich, daß das Gleichstellungsproblem im wesentlichen in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches gehört, nämlich als Frage der Tatbestandsauslegung (3). Die unverbindliche Formulierung in § 13 des 2. StRRG, das das Unterlassen der Verwirklichung des jeweiligen Tatbestandes durch positives Tun entsprechen müsse, kann nur auf diese schwierige Auslegungsfrage hinweisen, gelöst ist sie hierdruch nicht (4).
Es fehlt noch eine zusammenhängende Abhandlung dieser Auslegungsfrage gerade im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Unterlassens bei jedem Straftatbestand (5). Sie wäre hier zu erbringen, wenn dem nicht - wiederum - die thematische Begrenzung entgegenstünde. Neben den vereinzelten Anmerkungen zu dieser Frage, die im weiteren Verlauf der Untersuchung eingeflochten werden (6), sei es an dieser Stelle doch gestattet, wenigstens die Anwendbarkeit der recht interessanten Tatbestandsalternativen des § 211 auf garantenpflichtwidriges Unterlassen zu prüfen.

---

1) Obwohl § 142 aufgrund der gesetzlich festgelegten Tathandlung ("durch Flucht entziehen") eindeutig als Begehungsdelikt normiert ist, subsumieren die Rechtssprechung und ein Teil der Lehre unter diese Vorschrift auch ein Unterlassen, nämlich das Nichtbefolgen der Rückkehrpflicht zum Unfallort, nachdem der Pflichtige sich zuvor in nicht vorwerfbarer Weise von dem Unfallort entfernt hat (BGHSt 18, 114; Welzel, Lehrbuch, § 66 V 2 a; kritisch hierzu Roth-Stielow NJW 1963, 1188; Hoffmann NJW 1966, 2oo1; Herzberg, Unterlassung, S. 95 ff).
2) vgl. z.B. zur Auslegung des § 221 die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Herzberg, Unterlassung, S. 56 ff, desgleichen zu § 18o 3.61ff
3) vgl. AE S. 2o3; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 274
4) Schünemann S. 38o; Jescheck, Lehrbuch, S. 46o ff; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 144; AE S. 49, 2o3
5) Beachtlich - bei allem Zweifel an dem systematischen Ausgangspunkt - sind die Untersuchungen einer Anzahl von Tatbeständen bei Herzberg, Unterl., S.51 ff, 61 ff
6) vgl. z.B. zu § 246 unten S. 3o6 ff, 348 f und 465 f

Das allgemeine Tatmerkmal "einen Menschen töten" (§ 211 Abs.2) kann als erfolgsbezogener Gattungsbegriff (1) sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen erfüllt werden. Es ist also weiter zu untersuchen, ob durch die drei Tatbestandsgruppen, die die Tötung alternativ zum Mord qualifizieren, die Anwendbarkeitsskala dieser Vorschrift im Hinblick auf die beiden Verhaltensarten eingeschränkt wird.

Daß eine Tötung durch Unterlassen "aus niedrigen Beweggründen", insbesondere "aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Habgier" begangen werden kann, bedarf kaum der Erläuterung, da Motive und Tendenzen an eine bestimmte Verhaltensart nicht gebunden sind.

> Die Ehefrau A trachtet nach dem Vermögen ihres Mannes B. Als B eines Tages einen Infarkt erleidet, ruft A nicht den Arzt herbei, der den B noch retten könnte. Trotz dringender Bitten ihres Ehemannes wartet A untätig, bis B verstirbt, um so ihr Ziel der Vermögensteilhabe zu verwirklichen.

A hat B dadurch getötet, daß sie es trotz ihrer Garantenpflicht aus der Stellung der Ehefrau (2) unterlassen hat, das Leben des B durch Herbeirufen eines Arztes zu retten. Der Wille, diese Gelegenheit zu ihrer Bereicherung zu nutzen, hat sie hierzu getrieben. Ob dies nur allgemein als niedriger Beweggrund bezeichnet oder unter das besonders genannte Motiv der Habgier subsumiert wird, braucht nicht weiter geprüft zu werden; denn mit Sicherheit fällt dieser Fall unter die erste Tatbestandsgruppe des § 211.

---

1) s. oben S. 37
2) Schönke-Schröder Vorbem. § 1 RN 109

In der zweiten Gruppe sind besondere Merkmale der Tatausführung genannt, bei deren Erfüllung ein Mord vorliegt. Hier ist also zu entscheiden, ob der Gesetzgeber sich durch die von ihm gewählte qualifizierte Ausführungsart der Tötung auf eine bestimmte Verhaltensweise festlegen wollte oder festgelegt hat, und ob ein Unterlassender gegebenenfalls dieses zusätzliche Unrecht erfüllen kann.
Der Begriff der Heimtücke im Sinne des § 211 wird überwiegend dahin gekennzeichnet, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers ausgenutzt haben muß. Daß dies auch bei einer Tötung durch Unterlassen geschehen kann, läßt sich mit dem folgenden Beispiel belegen:

> A leitet den Kinderhort eines Kaufhauses, in dem die Kunden die Kinder während des Einkaufs verwahren lassen. Eines Tages bringt die B, die von A gehaßt wird, ihr Kind und bittet die A, es für kurze Zeit zu betreuen. A nimmt das Kind in ihre Obhut. Als das Kind herumliegendes Spielzeug verschluckt und daran zu ersticken droht, greift A nicht ein, um die B zu treffen. Das Kind stirbt.

Als die A ihrer Garantenpflicht nicht nachkam, war das Kind aufgrund des von der B entgegengebrachten Vertrauens (1) ihrem Willen wehrlos ausgeliefert. Weder das Kind noch dessen Mutter B waren auf das feindselige Verhalten der A gefaßt. Da es für den Begriff der Heimtücke nicht erfoderlich ist, daß das später in verwerflicher Weise gebrochene Vertrauen zum Zwecke der Tatausführung erschlichen wurde (2), hat A das Kind heimtückisch im Sinne des § 211 getötet.

---

1) vgl. BGHSt 8, 216
2) BGH NJW 1951, 41o; BGH LM § 211 Nr.5; Schönke-Schröder § 211 RN 15

Daß eine Tötung durch Unterlassen "grausam" sein kann, bedarf keiner Erörterung. Deshalb braucht nur noch das letzte Merkmal dieser Gruppe auf seine Vereinbarkeit mit dem Unterlassen untersucht zu werden.

> Der Schleusenwärter A schließt bei aufkommender Flut entgegen der Dienstanweisung nicht die Schleusentore, um seinen in der Marsch arbeitenden Feind zu ertränken.

Durch das pflichtwidrige Unterlassen wird das "gemeingefährliche" Mittel des Hochwassers erst hervorgerufen. Es kann also auch bei dieser Alternative kein Zweifel daran bestehen, daß sie durch Unterlassen erfüllt werden kann.

Es bleibt damit nur noch die letzte Gruppe: Tötung, "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken".

> Der alternde A begehrt seine Tochter. Seine kranke Ehefrau B konnte bisher immer noch Intimitäten zwischen A und der Tochter verhindern. Als die Krankheit der B sich plötzlich verschlimmert, holt A weder einen Arzt, noch gibt er seiner Frau die eigens für diesen Fall bestimmten Heilmittel; denn er will endlich von seiner Frau befreit werden, um seiner Begierde gegenüber seiner Tochter freien Lauf lassen zu können. Wegen der fehlenden ärztlichen Hilfe stirbt B.

A hat seine Frau entgegen seiner Garantenpflicht sterben lassen, weil er dadurch die blutschänderischen Beziehungen zu seiner Tochter ermöglichen wollte. Auch dieses Mordmerkmal läßt sich also durch Unterlassen verwirklichen. Diese Feststellung dürfte kaum überraschend sein - sofern man nicht die Möglichkeit der Absicht bei Unterlassungsdelikten von vorneherein ablehnt (1); denn das

---

1) so ausdrücklich Grünwald, H. Mayer-Festschrift, S. 291 Anm.34; Schönke-Schröder § 59 PN 46 a

tatsächliche Verhalten und die Absicht hängen grundsätzlich nicht voneinander ab. Der BGH ist jedoch in seiner Entscheidung vom 31.2.1955 (1) offenbar anderer Ansicht; ihr liegt im wesentlichen der folgende Sachverhalt zugrunde:

> A verursacht mit seinem Auto rechtswidrig einen Unfall, bei dem der B schwer verletzt wird. Obwohl B dringend Hilfe braucht, fährt A von der Unfallstelle weg, um sich der strafrechtlichen Verantwortung zu entziehen. B verblutet. Er hätte gerettet werden können, wenn A ihm sofort geholfen hätte. A hatte hiermit gerechnet.

A hat den B vorsätzlich getötet, weil er es entgegen seiner Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun unterlassen hat, B zu helfen und damit dessen Leben zu retten. Triebfeder dieses Verhaltens war der Wunsdh, nicht als der Verantwortliche für den Unfall identifiziert und entsprechend bestraft zu werden. Weil es ihm bei seinem Verhalten hierauf ankam (2), verfolgte er die Absicht der Straftatverdeckung (3).
Obwohl also alle Merkmale des § 211 erfüllt sind, subsumiert der BGH dieses Geschehen nicht unter die die Mordbestimmung. Er begründet dies mit der Erwägung, daß nicht allein durch Wegfahren von der Unfallstelle die Straftat "verdeckt" werden könne, denn dieses Wort verlange ein "Zudecken" der Tat, nicht aber ein "Nicht-Aufdecken". Diese Argumentation läuft darauf hinaus, daß das Verdecken einer Straftat im Sinne des § 211 nur durch positives

---

1) BGHSt 7, 287 ff; vollständig abgedruckt in VRS 9, 29 ff; bestätigt durch BGHSt 15, 291, 296
2) Kohlrausch-Lange § 59 Anm. III 1 c
3) BGHSt 11, 226; Fuhrmann JuS 1963, 2o Anm.12

Tun begangen werden kann, nicht aber durch bloßes Unterlassen (1).
Ausgehend von der Prämisse des BGH - "verdecken" iSd. § 211 sei gleichbedeutend mit "zudecken" -, erscheint dies durchaus einleuchtend, denn ein Zudecken verlangt begrifflich eine positive Handlung. Aber abgesehen davon, daß im Tatbestand des § 211 nicht "zudecken" sondern "verdecken" steht, ist die Beweisführung des BGH auch von seinem Ausgangspunkt her keineswegs zwingend: A hat den B durch Unterlassen getötet, indem er die gebotene Hilfeleistung verweigerte. Das Verdecken aber geschah durch positives Tun, nämlich durch das Wegfahren vom Unfallort. Mit diesem Handeln hat er die Straftat - wie er beabsichtigte - verdeckt: Er beseitigte seine Täterspuren, indem er sein Auto vom Unfallort entfernte. Wäre er am Unfallort geblieben, so hätte er nicht die Tat und seine Täterschaft "aufgedeckt", sondern nur die vorhandenen Spuren und Beweise bestehen lassen. Erst wenn er sich bei der Polizei gemeldet oder nicht mehr feststellbare Beweise für seine Verantwortlichkeit vorgelegt hätte, hätte er "aufgedeckt"; A hat also durch die Fortsetzung der Fahrt die Tat nicht nur "nicht aufgedeckt", sondern "zugedeckt". Somit hat A nach der Tatbestandsauslegung des BGH den Tatbestand des § 211 Abs.2, letzte Alternative erfüllt.

---

1) so deutlich BGHSt 15,291, 296; s. Grünwald JuS 1965, 513 und Maurach BT § 2 III B 1 a. Zu den Konkurrenzfragen beim Zusammentreffen eines strafwürdigen Unterlassens mit einem positiven Tun bei demselben Geschehen vgl. unten S. 44o ff

Die Fehlentscheidung des Bundesgerichtshofes beruht darauf, daß er nicht die Verhaltensweisen, durch die der objektive und der subjektive (Absichts-) Tatbestand des § 211 erfüllt werden, voneinander trennt: Die Tötung erfolgt durch Unterlassen, die Verwirklichung der Absicht durch positives Tun. Untersucht man eine Strafbestimmung daraufhin, ob sie durch Unterlassen erfüllt werden kann, so kommt es dabei nur auf den objektiven Tatbestand an. Da die Strafbarkeit nicht von der objektiven Verwirklichung der normierten Absicht abhängt, ist dies für die Bewertung des Delikts nicht entscheidend.

Die kurze Untersuchung hat also ergeben, daß nach dem Gesetzeswortlaut alle Varianten des § 211 auch durch Unterlassen erfüllt werden können (1). So wie bei diesem müßte bei allen typisierten Rechtsgutsdelikten geprüft werden, inwieweit auch die nicht ausdrücklich normierte Verhaltensart das tatbestandliche Unrecht erfüllen kann. Hierbei würde das vollständige Bild der Rechtsgutsdelikte entstehen, die einer der aktiven Verwirklichung "entsprechenden" Erfüllung durch Unterlassen zugänglich sind.

(II) Die Verhaltenstatbestände

Die Verhaltenstatbestände zeichnen sich dadurch aus, daß es für das tatbestandliche Unrecht ohne Bedeutung ist, ob durch das normwidrige Verhalten ein

---

1)Ob dies allerdings materiell gerechtfertigt ist, erscheint fraglich, zumal das Weiterfahren - im letzten Beispiel - meist durch die Furcht vor der Strafe veranlaßt wurde und die Schuld des Täters dann nicht derjenigen eines "tatbildmäßigen" Mörders entspricht; vgl. hierzu unten S. 470 ff.

Rechtsgut tatsächlich beeinträchtigt worden ist (1). Das Unrecht erschöpft sich allein in dem bestimmten Verhalten, das schon an sich für die Gesellschaft unerträglich ist (2).

Bei den Begehungsdelikten sind solche Verhaltenstatbestände als "eigenhändige Delikte" bezeichnet worden (3), z.B. §§ 173, 35o a (4). Zu ihnen zählten auch die früheren §§ 175, 175 b; ihre Änderung bzw. Aufhebung ist Beweis für die liberale Gesinnung des Gesetzgebers, das Strafgesetzbuch auf den Schutz von Rechtsgütern zu beschränken.

Die eigenhändigen Delikte zeichnen sich besonders dadurch aus, daß sie nur durch das normierte Tun erfüllt werden können, nicht aber durch Unterlassen (5).

> Der Vater A unternimmt nichts dagegen, daß sein Sohn B die Tochter C zur Blutschande mißbraucht.

Der Sohn B hat den Tatbestand der Blutschande (§ 173 Abs.2) durch positives Tun erfüllt.
Ob dies auch für seine Schwester C gilt, könnte zweifelhaft sein. Eine Verantwortlichkeit wegen Unterlassens scheidet bei ihr aus: Selbst wenn sie sich völlig passiv verhalten hat, so ist darin kein Unterlassen zu sehen. Mit dem Begriff des

---

1) vgl. oben S. 27 f
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 412 ff "verhaltensgebundene Delikte ohne Rechtsgutsverletzung"; Frank § 1 Anm. II 1
3) s. Roxin, Täterschaft, S. 399 ff
4) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 432
5) Roxin, Täterschaft, S. 479; Lüderssen S. 2o8; Bockelmann, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 44o; Beling, Grundzüge, S. 38; v.Hippel, Lehrbuch, S. 1oo Anm.8; zu weit Nagler GS 111, 56. Über Teilnahme durch Unterlassen an diesen Delikten vgl. unten S. 392 ff.

Unterlassens wird nämlich kein wirkliches, tatsächlich feststellbares Verhalten bezeichnet, sondern ein Urteil über das gesollte Verhalten des Betroffenen abgegeben (1). Da die Tochter C weder Trägerin einer mittelbaren Garantenpflicht wegen Verantwortlichkeit für ihren Bruder B noch - mangels eines zu schützenden Rechtsgutes - Trägerin einer unmittelbaren Garantenpflicht ist, bleibt für ein Unterlassen kein Raum. Lediglich aus dem allgemeinen Normgebot des § 173 läßt sich die Pflicht, sich nicht auf Blutschande einzulassen, entnehmen - die vermag jedoch keinen Unterlassungstatbestand zu begründen (2).
Vielmehr muß durch Auslegung ermittelt werden, ob das passive Verhalten als positives Tun unter § 173 subsumiert werden kann (3). Dies ist wohl zu bejahen, denn "Beischlaf" kann auch passiv "ausgeübt" werden. Die Tochter C ist demnach ebenfalls wegen positiven Tuns nach § 173 zur Verantwortung zu ziehen.
Schließlich muß noch das Verhalten des Vaters A strafrechtlich bewertet werden. Ihn trifft die Garantenpflicht, strafrechtliches Verhalten seiner Kinder B und C zu verhindern. Dadurch ist er als Unterlassender für das Treiben von B und C verantwortlich. Da A an dem strafbaren Beischlaf nicht selbst beteiligt war, der Strafgrund des § 173 aber gerade in dem eigenhändigen Verstoß gegen die Verhaltensnorm liegt, kann A allenfalls als Teilnehmer, nie jedoch als Täter dieses Delikts bestraft werden (4).

---

1) vgl. unten S. 422 Anm.1; Gallas ZStW 67, 8; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 81
2) vgl. hierzun Roxin, Täterschaft, S. 354, sowie die dort zu Anm. 4 Genannten und unten S. 183
3) Zum ähnlichen Fall des "beredten Schweigens" vgl. unten S. 119 Anm.3
4) Maurach BT § 5o II A 3; Welzel, Lehrb., S. 64 III 1

(1) Die fehlende Verantwortlichkeit für die Rechtsgutsbeeinträchtigung

Wenn es ebensolche Verhaltenstatbestände auch bei den Unterlassungsdelikten geben sollte, so müßte bei ihnen das tatbestandliche Unrecht allein im Unterlassen bestehen (1).
Dies wird von der herrschenden Meinung bei dem sogen. echten Unterlassungsdelikt (2) angenommen - das sind die §§ 138, 330 c usw. - (3), während Kaufmann und einige andere Autoren (4) auch die Nichtabwendung der Rechtsgutsverletzung zum tatbestandlichen Unrecht dieser Vorschrift hinzuzählen.

---

1) Es sind auch Verhaltenstatbestände denkbar, die sowohl Tun als auch Unterlassen erfassen, z.B. "unerträgliches" oder "rücksichtsloses" Verhalten. Diese Tatbestände würden aber wegen der Unbestimmtheit mit Art 103 Abs.2 GG kollidieren. Im StGB könnte man allenfalls § 360 Abs.1 Ziff. 11 zu diesen doppelten Verhaltenstatbeständen zählen. Eine solche Auslegung dieses Tatbestandes würde aber mit Art 103 Abs.2 GG nicht zu vereinbaren sein. Vgl. Schönke-Schröder § 360 RN 47; Maurach BT § 56 II B 1
2) zur Abgrenzung der echten und unechten Unterlassungsdelikte vgl. unten S. 68 ff
3) Jescheck, Lehrbuch, § 58 III 2; Jescheck-Goldmann ZStW 77, 122; Maurach AT § 46 II A I, BT § 51 I B; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 260; Luden S. 222 - 223; Strorsberg S. 100; Böhm JuS 1961, 198; Gallas, Unterlassene Hilfeleistung, S. 249; Georgakis S. 6; Vogt ZStW 63, 404; Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 82/83; Nagler GS 111, 21 f
4) Kaufmann, Dogmatik, S. 206 ff und JuS 1961, 173; Welzel, Lehrbuch, § 26 II 1c; Schwarz S. 39 f; Androulakis S. 146. - Baumann, Lehrbuch, S. 223 und Schöke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 79 geht es nur um den Begriff des echten Unterlassungsdeliktes; daß zum Beispiel die §§ 138m 330 c reine Verhaltensdelikte sind, bestreiten sie nicht; vgl. sogar Schönke-Schröder § 139 RN 1

Der herrschenden Meinung ist beizutreten, denn die §§ 138, 139 und 330 c (1) enthalten tatsächlich in ihren Tatbeständen nur die - sozialwidrig - unterlassene Handlung; der Erfolg (2) ist irrelevant.

> Weil A eines nachts besonders langsam auf einer Schnellstraße fährt, kann er im letzten Moment einem quer auf der Straße liegenden Betrunkenen ausweichen. Obwohl er damit rechnet, daß eines der nachfolgenden Autos den Betrunkenen überfahren wird, setzt er seine Fahrt fort.
>
> Das drohende Unglück wird jedoch noch von einem aus der Gegenrichtung kommenden Autofahrer verhindert, der den Betrunkenen von der Fahrbahn schleppt.

Ein auf der Straße liegender Betrunkener ist ein Unglücksfall im Sinne des § 330 c (3), denn es drohen erhebliche Gefahren für Personen und Sachwerte. Da A die ihm zuzumutende erforderliche Hilfe nicht leistet, ist er nach dieser Vorschrift zu bestrafen, auch wenn das Unglück nicht zu den drohenden Schäden führt. Der § 330 c stellt nämlich die unterlassene Hilfeleistung in einem Unglücksfall unter Strafe, ohne auf den Eintritt der erwarteten Schäden Rücksicht zu nehmen.
Dem steht nicht entgegen, daß der Gesetzgeber den Erfolg durch eine andere Formulierung hätte berücksichtigen können (4) - dann läge eben kein reines Verhaltensdelikt vor (5). Auch ändert daran nichts,

---

1) Es sei hier gestattet, nur eine exemplarische Untersuchung an den beiden gängigsten Unterlassungsdelikten dieser Art vorzunehmen; ebenso auch Kaufmann, Dogmatik, S. 91 und Schwarz, Diss., S. 4
2) Hier im Sinne der Rechtsgtsverletzung oder - gefährdung; vgl. dagegen den Erfolgsbegriff der Unterlassungsdelikte bei Androulakis S. 143 ff und Herzberg, Unterlassung, S. 24
3) BayObLG NJW 1963, 62; OLK Köln VRS 24, 54
4) Kaufmann, Dogmatik, S. 207; Baumann, Lehrb., S. 223
5) Gallas, Beiträge, S. 271

daß der Gesetzgeber diese Vorschriften in der Absicht geschaffen hat, Rechtsgutsverluste zu vermeiden; denn dazu muß dieser Verlust selbst nicht notwendig ein Bestandteil der Vorschrift sein.

Weiterhin läßt sich nicht einwenden, § 139 Abs.4 zeige, daß das Gesetz in § 138 die Nichtabwendung der Rechtsgutsverletzung als maßgebend ansehe (1); denn § 139 Abs.4 beseitigt als Strafausschließungsgrund nicht das durch das Nichthandeln begangene Unrecht (2). Der in den §§ 138, 330 c angedrohte, sehr geringe Strafrahmen zeigt dagegen, daß dem Unterlassenden gerade nicht die in beiden Fällen schweren Erfolge angelastet werden.

(2) Die fehlende Erfüllbarkeit durch eine andere Verhaltensart

Wenn sich also das tatbestandliche Unrecht dieser Vorschriften in dem Unterlassen der gebotenen Handlung erschöpft, so ist anzunehmen, daß - auch aus Gründen der Symmetrie zu den Begehungstatbeständen der Verhaltensdelikte (3) - allein das normierte Unterlassen diese Vorschriften erfüllen (4)

---

1) so Schwarz, Diss., S. 31; zu § 139 Abs.3 vgl. Böhm JuS 1961, 178 Anm. 3
2) Maurach BT § 79 III B 2 d; Heimann-Trosien in LK § 139 RN 26; auch Welzel, Lehrbuch, § 76 I 4b iVm. § 34 I 3 b; anders Kohlrausch-Lange § 139 Anm. II
3) s. oben S. 54 Anm. 5
4) Wie bei den Begehungstatbeständen der Verhaltensdelikte ist diese Frage natürlich auf die täterschaftliche Erfüllung der Strafvorschrift beschränkt; über die Teilnahme an diesen Unterlassungsdelikten vg. unten S. 391 ff.

kann (1). Vielfach wird aber gerade das Gegenteil behauptet, daß nämlich die §§ 138, 330 c auch durch positives Tun begangen werden können (2), als sog. Unterlassungsdelikte durch Begehung. Untersucht man jedoch die Fälle, die die Existenz dieser Art von Unterlassungsdelikten belegen sollen, so stellt sich heraus, daß diese Beispiele ohne Schwierigkeiten als normale Unterlassungsdelikte behandelt werden können oder aber gar nicht strafbar sind.

Der Kraftfahrer A stellt sein Fahrzeug nicht zum Abtransport des Schwerverletzten zur Verfügung, sondern fährt schnell von dannen; der Hausbesitzer B versperrt dem durch einen bissigen Hund Verfolgten die Tür (3); der § 138 anzeigepflichtige C läßt sich den bereits abgeschickten Brief mit der Verbrechensanzeige von der Post zurückgeben (4); der zuerst rettungswillige D hält das von ihm auf den Ertrinkenden zugesteuerte Boot an und fährt zurück (5). In alldiesen Fällen unterläßt der "Täter" die Handlung, die ihm von § 330 c bzw. von § 138 geboten wird (6): A hätte den Schwerverletzten in sein Auto tragen und in das nächste Krankenhaus fahren müssen; B hätte

---

1) so Beling, Grundzüge, S. 38; v.Hippel, Lehrbuch, S. 100 Anm.8; ders., Strafrecht, Bd.2, S. 154 Anm.3; Engisch JZ 1962, 191; auch Kaufmann, Dogmatik, S. 194 f
2) v.Overbeck GS 88, 327 ff; v.Olshausen § 1 Anm.3b; v.Weber, Grundriß, S.57; Meyer-Bahlburg, Diss., S. 57 und GA 1968, 50 f; H. Mayer, 1953, S. 111; Androulakis S. 155; Roxin, Engisch-Festschr., S. 381 f
3) Meyer-Bahlburg GA 1968, 51; vgl. auch Ranft JuS 1963, 342
4) Roxin, Engisch-Festschrift, S. 382; Androulakis S. 152; v.Overbeck GS 88, 327
5) Roxin, Engisch-Festschrift, S. 388
6) dazu Kaufmann, Dogmatik, S. 108; es liegt eine tatbestandsmäßige Unterlassung vor; Herzberg, Unterlassung, S. 41

die Tür für den Verfolgten offenhalten und sofort hinter diesem verschließen müssen ; C hätte das Verbrechen zur Anzeige bringen müssen; D hätte mit dem Boot zu dem Ertrinkenden fahren müssen.
Weil sie die gebotenen Handlungen nicht vorgenommen haben, sind sie nach den Verhaltenstatbeständen zu bestrafen. Dies ist zunächst in den genannten Fällen nicht anders, als wenn der Handlungspflichtige anstelle der geforderten Handlung eine andere vornimmt, die strafrechtlich völlig irrelevant ist. Anstatt zu retten, strickt, reitet, liest oder singt er (1). Das besondere an den genannten Fällen ist, daß das begleitende Tun - neben dem Unterlassen - auch strafrechtlich relevant ist.
Fraglich ist also, ob die Unterlassenden A, B, C und D a u ß e r d e m durch ihr positives Tun den Erfolg herbeigeführt haben und deshalb zusätzlich zu bestrafen sind (2).
Ebenso ist zu verfahren, wenn der Handlungspflichtige sich betrinkt, sodaß er nicht mehr handeln kann, oder sonstwie die Gebotserfüllung unmöglich macht (3): Sofern nur zu einem Zeitpunkt die gebotene Handlung möglich war, hat er eine Unterlassung gemäß der §§ 138 bzw. 330 c begangen.

> Nachdem E den Plan über den Mordanschlag auf den Präsidenten erfahren hat, schneidet er das Telefonkabel

---

1) vgl. dazu Herzberg, Unterlassung, S. 38 und unten S. 425 ff
2) dazu vgl. Roxin, Engisch-Festschr., S. 385 ff; bes. S. 390 Anm. 36 und Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 95 a
3) vgl. auch Meyer-Bahlburg GA 1968, 51/52; H. Mayer, 1953, S. 111 - dagegen aber die Feststellung, "zur Erfüllung des Tatbestandes genüge die bloße Passivität" H.Mayer, 1967, S. 77; die bei Roxin, Engisch-Festschr., S. 383 genannten Fälle gehören nicht hierher - z. dieser Gruppe vgl. unten S. 63 ff.

durch, um nicht in Versuchung zu kommen, das drohende Verbrechen schließlich doch noch anzuzeigen.

E war zur Anzeige des Verbrechens verpflichtet und konnte dieser Pflicht bis zum Zerschneiden des Telefonkabels nachkommen. Er hat sich deshalb nach § 138 strafbar gemacht. Die von ihm selbst hervorgerufene Verkürzung des tempus utile kann E nicht besserstellen (1); das, was er außerdem tut, - das Durchschneiden des Kabels - ist für die Unterlassung irrelevant (2).

Bei einem Unglücksfall auf einsamer Strecke muß ein Arzt für die Verletzten herbeigerufen werden; als der hilfswillige Autofahrer A, der bereits Erste Hilfe geleistet hatte, das alleinstehende Haus betritt, um das einzige Telefon weit und breit zum Anrufen des Arztes zu benutzen, zerschneidet der Hauseigentümer E schnell das Kabel.

Dieser Fall soll nach Herzbergs Ansicht den "kleinen Geltungsbereich für die Figur des echten Unterlassungsdeliktes durch Begehen" abstecken (3): E soll zu keinem Zeitpunkt Adressat der Hilfspflicht aus § 330 c gewesen sein, weil vor dem Zerschneiden des Kabels genügend Hilfe durch A erbracht worden ist

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 211 lit. 1 a.E.; die Länge des tempus utile ist nur entscheidend für die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten, d.h. den Zeitpunkt, von dem ab der Unterlassende das Erfolgsrisiko trägt; vgl. Schönke-Schröder, § 46 RN 12; Kubach S. 12; Rittler S. 269 auch bei echten U.-Del.; Maihofer GA 1955, 295. Vgl. aber die Differenzierung bei v.Overbeck GS 88, 327 ff und dazu Androulakis S. 155 anm.605

2) So ausdrücklich v.Hippel, Strafrecht, S. 154 Anm.3; ebenso v.Overbeck GS 88, 325 und Roxin, Engisch-Festschr., S. 383; vgl. auch Kaufmann, Dogmatik, S. 200: Es ist noch zu prüfen, ob er selbst die Rettungshandlung pflichtwidrig unterlassen hat.

3) Herzberg, Unterlassung, S. 44

und nach dem Zerschneiden die notwendige Hilfe nicht mehr zu erbringen war; die sonst durch das Unterlassen der gebotenen Hilfshandlung bewirkte Verlängerung des hilflosen Zustandes habe E durch positives Tun herbeigeführt; er sei deshalb ausnahmsweise aufgrund des positiven Handlung nach § 330 c zu bestrafen. Die Ausführungen Herzbergs können kaum überzeugen: Zunächst könnte man den E als ebenso hilfspflichtig wie den A im Hinblick auf das Herbeirrufen des Arztes ansehen; damit wäre das Nichtbefolgen der Hilfspflicht der Strafgrund für E. Aber auch wenn man den E aus dieser Pflicht entlassen will, weil A bereits den Telefonhörer abgenommen und somit der Erfüllung der Hilfspflicht näher gestanden hat (1), so bleibt seine Hilfspflicht auf Duldung der Telefonbenutzung durch einen Dritten bzw. - positiv ausgedrückt - seine Pflicht, sein Telefon für die Hilfsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen. Da jedwedes Hilfeleisten durch § 330 c gefordert ist, wird auch dieser Beitrag hierzu gezählt werden müssen, und das Nichterbringen dieser Leistung als strafwürdiges Unterlassen gemäß § 330 c zu ahnden sein.

Für diese Gruppe ist also zusammenfassend festzustellen, daß der Täter auch dann den Tatbestand der §§ 138, 330 c erfüllt hat, wenn er entgegen oder anstatt der Handlungspflicht etwas anderes tut, und es hierdurch unmöglich wird, die gebotene Handlung vorzunehmen - sofern nur einmal der Tatbestand der Unterlassung vollständig vorlag (2).

---

1) dazu, daß dieses Argument dann, wenn der "nähere Helfer" die Hilfe tatsächlich nicht erbringt oder nicht erbringen kann, sehr zurückhaltend anzuwenden ist, vgl. Schönke-Schöder § 330 c RN 16

2) Auch Androulakis (S. 155) scheint diese Fälle zu den einfachen Unterlassungsdelikten zu zählen: Sie sind "rechtlich unproblematisch".

Problematisch ist hingegen die Fallkonstellation, bei der der "Täter" im Hinblick auf seine erst später entstehende Handlungsplficht sich selbst die gebotene Handlung unmöglich macht. Als Beispiel hierfür wird meist ein Fall gebildet (1), in dem der Delinquent sich vor Beginn des tempus utile so betrinkt, daß er bewußtlos zusammensackt und damit die gebotene Handlung nicht vornehmen kann.

> A erfährt, daß er sich für einen Rettungseinsatz bereithalten soll. Um dem zu entgehen, trinkt er zwei Flaschen Korn aus, so daß er bewußtlos wird. Der Einsatz muß deshalb ohne ihn stattfinden.

Es liegt nahe, diese Konstellation mit Hilfe der Rechtsfigur der "actio libera in causa" zu erfassen (2). Denn auch hier ist das Prinzip der Defektbegründung im straffreien Defektzustand (3) zu erkennen und der klassische Fall der a.l.i.c. - der Täter betrinkt sich, um im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs.1) das Delikt zu begehen - scheint nur einen graduellen Unterschied zu diesem Fall

---

1) H. Mayer, 1953, S.111; Roxin, Engisch-Festschrift, S. 383; Schwinghammer S. 54; für Rechtsgutsdelikte vgl. Maurach JuS 1961, 376/377; Bertel JZ 1965, 53. Herzberg (Unterlassung, S. 41 f) sieht dieses Problem gar nicht, sondern diskutiert nur Fälle der Verkürzung des tempus utile: Einmal soll sich der Handlungspflichtige die Gebotserfüllung "in den letzten Stunden der Rechtzeitigkeit" durch einen Spaziergang unmöglich gemacht haben (S. 41 f), und im Telefonkabel-Fall (s. oben S. 61) war die Hilfspflicht, die Benutzung des Telefons zu dulden, bereits entstanden, als E sich die Erfüllung der Hilfspflicht unmöglich machte.

2) Androulakis S. 156 "om-issio l.i.c."; Roxin, Engisch-Festschrift, S. 384; Maurach AT § 56 II E 1 a und JuS 1961, 376 f; Schwinghammer S. 52 f; Welp S. 137; s. auch Schönke-Schröder, § 51 RN 36 a und Jescheck, Lehrbuch, § 4o VI 1

3) vgl. Maurach JuS 1961, 373; Krause, H.Mayer-Festschrift, S. 315

aufzuweisen, nämlich die Berauschung nur bis zum Grade der Zurechnungsunfähigkeit anstatt bis zur Handlungsunfähigkeit.
Die Anhänger dieser Meinung bleiben jedoch den Nachweis schuldig, worin die "om_issio" libera in causa liegt. Im Defektzustand ist der Handlungspflichtige handlungsunfähig und kann folglich gar nicht unterlassen (1) - vor dem Defekt kann ebenfalls keine Unterlassung vorliegen, denn weder war hier schon die Handlungspflicht gemäß den §§ 138, 330 c entstanden, noch war die gebotene Handlung zu diesem Zeitpunkt bereits möglich (weil der Betreffende das geplante Verbrechen noch nicht kannte oder die gemeine Gefahr noch nicht entstanden war).
Um dem sehr zweifelhaften Verfahren zu entgehen, das tatbestandliche Unterlassen zu fingieren (2), sieht ein Teil der neuesten Lehre das defektbegründende Handeln als das für die Bestrafung maßgebende Verhalten an (3). Demnach würden in der hier zu besprechenden Fallkonstellation tatsächlich die Unterlassungstatbestände der Verhaltensdelikte durch positives Tun erfüllt werden.
Nach dem Wortlaut der Tatbestände wird derjenige bestraft, der die Anzeige (§ 138) oder die Hilfshandlung (§ 330 c) unterlassen hat. Es ist sicher einzusehen, daß diese Normen nicht ohne weiteres auch die Handlungen erfassen, die das tatbestandliche

---

1) h.M. vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 Rn 82 f; Jescheck, Lehrbuch, § 23 IV 2 b und § 59 III 2; RGSt 74, 199, 200
2) Maurach JuS 1961, 377, 378 bei Anm. 20 und unten S. 66
3) Bertel JZ 1965, 55; Roxin, Engisch-Festschrift, S. 384; auch Androulakis S. 156

Unterlassen unmöglich machen, also z.B. das Sich-Betrinken oder das Einnehmen von Schlaftabletten, aber auch das Sich-Fesseln an einen die gebotene Handlung ausschließenden Ort, das Zerstören der Anzeigemittel oder der Rettungsgeräte, um die Hilfsmöglichkeit auszuschließen (1).
Bertel meint jedoch nachweisen zu können, daß diese Handlungen im Tatbestand der Unterlassungsdelikte "mitvertypt" seien (2). Denn aus dem Zweck des Handlungsgebotes ergebe sich, daß auch solche Handlungen verboten sind, die das Handlungsgebot vereiteln (3).

Es kann nicht bestritten werden, daß zur wirksamen Durchsetzung eines Handlungsgebotes auch die Vereitelungshandlungen verboten werden müßten; so wird z.B. zur lückenlosen Durchsetzung des Wehrdienstes die Selbstverstümmelung unter Strafe verboten (§ 1o9 StGB, § 17 WehrStGB) (4). Fraglich erscheint nur, ob die dem Handlungsgebot vorgelagerten (5) Handlungsverbote auch dann strafrechtlich verboten sind, wenn sie nicht - wie die Selbstverstümmelung - neben den Geboten noch ausdrücklich normiert sind. Gegen diese "Mitvertypung" spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes: Wenn das Unterlassen einer Handlung als strafbares Verhalten normiert ist,

---

1) Roxin, Engisch-Festschrift, S. 384; falls das Rettungsgerät für einen anderen Helfer bestimmt war, so verändert sich der Fall beträchtlich, s. Roxin, Engisch-Festschrift, S. 39o
2) Bertel JZ 1965, 55
3) Bertel JZ 1965, 55 zu Anm. 17
4) sog. Begehungsdelikt z u r Unterlassung, siehe Androulakis S. 154
5) Das gegen dieses Handlungsverbot verstoßende Verhalten wird meist als straflose Vorbereitungshandlung zu dem Delikt angesehen; s. Maurach JuS 1961, 377, 378; anders Welp S. 138; Schönke-Schröder § 43 RN 17; zum Ganzen Schwinghammer S. 4o f

kann schwerlich ein Tun, das die gebotene Handlung und damit die Unterlassung unmöglich macht, diesen Tatbestand erfüllen. Unmittelbar damit hängt der Einwand zusammen, daß das tatbestandliche Unrecht, das bei den Verhaltensdelikten in dem bestimmten Verhalten liegt, nach logischem Schluß nicht von einem anderen Verhalten (1) erfüllt werden kann.

Die teleologische Ableitung des Handlungsverbotes aus den Geboten der §§ 138, 330 c erweist sich aber schließlich als unhaltbar, wenn man sich die Folgen einer solchen Erweiterung der Unterlassungtatbestände vergegenwärtigt: Zusammen mit dem Verbot, solche Handlungen vorzunehmen, die die Anzeige unmöglich machen, würde die bloße Anzeigepflicht des § 138 einmal zu einer Lebensführungspflicht ausgedehnt, sich jederzeit für die Anzeige eines Verbrechens bereitzuhalten (2). Wenn der Bürger also die Möglichkeit, ein in § 138 aufgeführtes Verbrechen zu erfahren, für real hält (er damit rechnet - dolus eventualis), darf er sich nicht betrinken, keine Mitteilungsmöglichkeit für die Anzeige aufgeben usw.. Weiterhin wird ihm insoweit eine Nachforschungspflicht auferlegt, als er einer Chance zur Entdekkung eines Verbrechensplanes nicht ausweichen darf (3): Er darf also nicht das Zimmer verlassen, in welchem der Verbrechensplan erörtert wird, darf nicht den ungeöffneten Brief zerreißen oder auch nur beiseitelegen, in welchem ihm seines Wissens nach der Verbrechensplan eröffnet werden soll.

---

1) hier sogar einem "gegensätzlichen", so zumindest Radbruch S. 141/142 und oben S. 23 f
2) ebenso bezüglich § 330 a: Hardwig, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 479 und GA 1964, 150
3) vgl. die Beispiele bei Roxin, Engisch-Festschrift, S. 384

Auch § 330 c würde um eine solche Lebensführungspflicht erweitert: Der Einzelne dürfte den möglichen Unglücks- oder Katastrophenort nicht verlassen und dürfte nichts tun, was seinem jederzeitigen Hilfseinsatz entgegenstehen könnte. Damit geriete diese Vorschrift wieder in gefährliche Nähe zum Gesinnungsstrafrecht, denn es würde ein Handeln bestraft, welches sich nur über mögliche und zukünftige Interessen der Gemeinschaft hinwegsetzt, ohne daß eine konkrete Rettungschance für wichtige Rechtsgüter verstreicht.(1).
Wenn sich diese ausdehnende Auslegung der Verhaltensgebotstatbestände schon aus tatsächlichen Erwägungen als unhaltbar erweist, so wird dieses Urteil noch durch dogmatische Erwägung bestätigt: Nach dem Willen des "Täters" sollen die Vereitelungshandlungen dazu dienen, die gesetzlichen Verhaltensgebote zu umgehen (2). Da diese Umgehungshandlungen nicht in diesen Tatbeständen als strafbar normiert sind (3), können sie nur mit Hilfe der Analogie erfaßt werden (4). Soweit aber die Analogie dazu benutzt wird, "für eine im Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedrohte Handlung die Strafbarkeit zu begründen" (5), ist sie unzulässig (6).

Damit bleibt festzustellen, daß die den reinen Verhaltensdelikten zuzuordnenden Unterlassungstatbe-

---

1) vgl. Gallas JZ 1952, 396
2) zur a.l.i.c. als Rechtsfigur zur Erfassung von Umgehungshandlungen vgl. Welp S. 139; Krause, H.Mayer-Festschrift, S. 309
3) S. oben S. 64 f
4) Hefermehl in Soergel-Siebert § 134 RN 38; Teichmann S. 78 ff
5) RGSt 56, 161, 168
6) allgem. Ansicht vgl. Schönke-Schröder § 2 RN 16

stände nur durch Unterlassen begangen werden können. Das positive Tun scheidet - auch in Form der Vereitelungshandlung - als eine mögliche strafbare Verhaltensart für diese Vorschriften aus (1).

d. Die echten und unechten Unterlassungsdelikte

Nicht allein aus terminologischen Gründen, sondern auch um des Verständnisses der bisher skizzierten dogmatischen Grundlagen der Beteiligungslehre willen ist es notwendig, das gebräuchliche Begriffspaar der echten und der unechten Unterlassungsdelikte in das Gerüst der Unterlassungssystematik einzuordnen.
Dies kann kaum schwierig sein, denn die beiden Begriffe, die Luden in die deutsche Strafrechtsdogmatik eingeführt hat (2), wurden immer wieder mit neuen Inhalten gefüllt (3) und sind deshalb nicht festgelegt. Da es keinen zwingenden Grund gibt, eine bestimmte Gruppe von Unterlassungsdelikten als echte oder unechte zu bezeichnen, kann keine der Begriffsbestimmungen als unrichtig

---

1) Ob die Vereitelungshandlungen als rechtsgutsverletzendes Tun strafbar sind, ist eine Frage der Dogmatik der Begehungsdelikte; sie kann hier nicht behandelt werden. Anzumerken bleibt nur, daß die objektive Zurechnung der Rechtsgutsverletzung nach der hier vertretenen Ansicht nur bei einer Gefährdung durch das betreffende Verhalten (s.o. S. 41 Anm.3) gerechtfertigt ist. Hier wäre die Zurechnung also berechtigt, wenn der Betreffende durch seine Vereitelungshandlung eine tatsächliche, selbständige Schutzposition für das Rechtsgut beseitigt, also z.B. einen Garanten - auch sich selbst durch Betrinken, falls er Garant ist - oder eine tatsächlich rettungswillige Person gewaltsam zurückhält.
2) Luden, Abhandlung II, S. 222 f; über die Entwicklung dieser Begriffe Jescheck-Goldmann ZStW 77, 112 f und Herzberg, Unterlassung, S. 17f
3) s. Schwarz, Diss., S. 2 f, 5 ff

verworfen werden, und es ist eher eine Frage der Zweckmäßigkeit, welche Deliktsart wie bezeichnet werden soll (1).
Hier muß also geprüft werden, ob es sinnvoll ist, diese oder jene Gruppe unter einer bestimmten Bezeichnung zusammenzufassen, insbesondere ob diese Einteilung über die bloße Terminologie hinaus eine praktische Bedeutung besitzt.

Teilweise wird das Begriffspaar auf die Vertypung der Unterlassungsdelikte im Strafgesetzbuch bezogen: Solche Unterlassungsdelikte, die ausdrücklich in einem gesetzlichen Tatbestand normiert sind, sollen "echt" sein; ist das Unterlassen dagegen nicht ausdrücklich im Tatbestand als strafbares Verhalten aufgeführt, sondern muß es mit Hilfe der Auslegung aus dem Tatbestand abgeleitet werden, so soll es ein "unechtes" Unterlassungsdelikt (2) sein.
Wenn diese Differenzierung auch recht anschaulich sein mag, so ist sie jedoch positivistisch und ziemlich nutzlos: Sie kann nicht mehr aussagen, als daß bei dem "unechten Unterlassungsdelikt" die Problematik des Gesetzmäßigkeitsprinzips (Art. 103 Abs.2 GG, § 2 StGB) zu beachten ist (3). Mit jeder Gesetzesänderung kann sich aber der Kreis dieser Deliktsgruppe verändern.

Der eigentliche Grund für diese Differenzierung liegt darin, daß Kaufmann - der Begründer dieser Meinung - wegen seiner dogmatischen Trennung des Unterlassungstatbestandes vom Begehungstatbestand keine dogmatischen Beziehungen zwischen diesen beiden Deliktsformen zuläßt und somit die sonst vertretenen Differenzierungen, die an solche Beziehungen anknüpfen, als dogmatisch nicht

---

1) so ausdrücklich Stratenwerth, Lehrbuch, S. 262
2) Kaufmann, Dogmatik, S. 277 und Jus 1961, 173; Welzel, Lehrbuch, § 26 II 1; Schönke-Schröder seit der 11.Auflage, s. 16. Auflage, Vorbem. § 1 RN 76 ff, 79; ähnlich Nickel S. 11 f; Herzberg, Unterlassung, S. 33; auch Schünemann S. 44 gründet seinen begrifflich nicht fixierten Bereich unechter Unterlassungsdelikte als den aller begehungsgleichen Unterlassungen auf eine ähnliche Basis.
3) s. oben S. 31, 34 ff; Kaufmann, Dogmatik, S. 277

existent ablehnen muß (1). Für ihn gibt es nur zwei axiologische Differenzierungsmöglichkeiten, von denen er die von ihm gewählte als vorzugswürdig hinstellt - während er aber die andere Differenzierung seiner Untersuchung zugrundegelegt hat (2).
Weil nicht der Handlungsbegriff, sondern das vertypte Unrecht den gemeinsamen Ausgangspunkt für Tun und Unterlassen im Strafrecht darstellt und dieser Bezugspunkt nicht nur axiologischer Natur ist, das strafbare Unrecht vielmehr der Ausgangspunkt der strafrechtlichen Dogmatik sein muß, wurde die auf dem Gegensatz von Handlung und Unterlassung aufbauende Dogmatik Kaufmanns und damit die vollständige dogmatische Trennung der beiden Verhaltensarten abgelehnt (3). Damit ist auch die Möglichkeit eröffnet, Unterlassungsdelikte aufgrund dogmatischer Unterschiede in echte und unechte zu differenzieren.

Knüpft man an das tatbestandliche Unrecht an, so ergibt sich wie von selbst eine Einteilung der Unterlassungsdelikte, die für die gesamte Dogmatik von eminenter Bedeutung ist: Alle Unterlassungsdelikte, die zu den Verhaltenstatbeständen zählen, sind "echt" (also z.B. die §§ 138, 33o c), weil nur das Unterlassen als solches bestraft wird und dieser Strafgrund nicht durch positives Tun erfüllt werden kann (4).
"Unecht" sind dagegen alle Unterlassungsdelikte, die sich aus Rechtsgutstatbeständen ergeben, sei es ausdrücklich oder mittels Auslegung: Denn das Unrecht, das sie enthalten, ist nicht ein für Unterlassungsdelikte typisches, sondern grundsätzlich auch von Begehungsdelikten erfüllbar (5).
Bei der Untersuchung, ob Unterlassungsdelikte in Mittäterschaft und in mittelbarer Täterschaft begangen werden können (6), werden sich die unterschiedlichen Auswirkungen dieser beiden

---

1) s. oben S. 1o f
2) s. Kaufmann, Dogmatik, S. 277; S. 91 (echte Unterlassungsdelikte werden anhand der §§ 138, 33o c untersucht), S. 28o (das Unterlassen der Erfolgsabwendung als unechte Unterlassungsdelikte)
3) s. oben S. 12 f, 25 ff
4) s. oben S. 53 ff
5) s. oben S. 28 ff, soweit dies die Gesetzesfassung im konkreten Fall nicht ausschließt, vgl. S. 44 ff "typisierte Rechtsgutstatbestände"
6) s. unten S. 78 f und 86 fff

Deliktsarten ebenso bemerkbar machen wie bei den Abgrenzungsmerkmalen der Beteiligungsarten (1).
Aber nicht nur diese unterschiedliche dogmatische Behandlung der beiden Deliktsgruppen spricht für eine solche Grenzziehung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten. Auffällig ist, daß die herrschende Meinung annähernd die gleichen Gruppen bildet, wenn auch unter anderen Gesichtspunkten. Alle drei Merkmale, nach denen die beiden Deliktsgruppen heute unterschieden werden (2), treffen nämlich im Grundsatz auch auf die hier vertretene Trennung nach dem Unrechtsgehalt zu: Echte Unterlassungsdelikte verlangen nur eine bestimmte Tätigkeit, ein Erfolg (der Rechtsgutsverletzung) ist für sie nicht erforderlich (3); nicht ein Garant, sondern jeder Mensch kann sie begehen (4); sie können nur durch Unterlassen

---

1) s. unten S. 389 ff
2) Ausgenommen ist natürlich die oben behandelte positivistische Unterscheidung nach Kaufmann, vgl. oben S. 7o Anm.2. Selbst die Unterscheidung nach Ge- und Verbotsnormen, die von Baumann (Lehrbuch, S. 184; auch Maurach AT § 45 I C 1 ; Nagler GS 111, 18 f; Niethammer ZStW 57, 453) vertreten wird, stimmt mit dieser Grenzziehung überein; denn hier wird als Verbotsnorm der Rechtsgutststbestand angesehen, weil die Verletzung bzw. Gefährdung des Rechtsgutes "verboten" ist (vgl. Androulakis S. 161; Kohlrausch-Lange, Vorbem. III 1; das klingt auch bei Maurach AT § 45 I C 1 an, "das durch Verbotsnorm geschützte Rechtsgut"). Nur bei dieser Umdeutung läßt sich die Theorie über die Norminhalte aufrechterhalten, denn tatsächlich kann ein Unterlassungsdelikt nicht unter ein Handlungsverbot subsumiert werden, s. Kaufmann, Dogmatik, S. 257f. Daß ein weiterer Vorschlag zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten - Androulakis' Lehre der ontologischen Vergleichbarkeit des Unterlassens mit einem Tun (S. 158 f) - schon wegen des fehlerhaften Ausgangspunktes nicht durchführbar ist, hat Herzberg (Unterlassung, S. 34 ff) gezeigt.
3) Maurach AT § 46 II A 1; Jescheck, Lehrbuch, § 26 II 3; Mezger-Blei StuB AT § 27; Georgakis S.6
4) Jescheck, Lehrbuch, § 26 II 3; Schwarz, Diss., S.113

und nicht durch positives Tun begangen werden (1,2).
Trotz des gleichen Ergebnisses sind die oben genannten Unterscheidungsmerkmale zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, nämlich die Verletzung von Verhaltens- und Rechtsgutstatbeständen, der herrschenden Meinung vorzuziehen; denn hier erhalten die Begriffe "echt" und "unecht" einen ihnen entsprechenden Inhalt (3): Wegen des in ihnen vertypten reinen Verhaltensunrechts können echte Unterlassungsdelikte ausschleißlich durch Unterlassen verwirklicht werden, ebenso wie die "reinen Tätigkeitsdelikte" nur durch positives Tun (4); unechte Unterlassungsdelikte sind dagegen von Rechtsgutstatbeständen abgeleitet, deren Unrecht sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen erfüllt werden kann - soweit das Gesetz nicht eine typische, nur durch positives Tun erfüllbare Rechtsgutsverletzung normiert hat (5).
"Echt" ist hier also als "rein" zu verstehen und dementsprechend wie bei den "reinen" Tätigkeitsdelikten auf die Ausschließlichkeit der normierten Verhaltensart zu beziehen.

---

1) R.Schmitt ZStW 1959, 432; Henkel S. 178; Gallas, unterlassene Hilfeleistung, S. 344
2) Alle drei Kriterien sind zu finden bei Böhm JuS 1961, 178
3) Schmidhäuser, Lehrbuch, 16/19, lehnt diese Unterscheidung grundsätzlich ab, weil der Inhalt der Begriffe mit den Deliktsgruppen nichts zu tun habe; anders aber noch in JZ 1955, 434 f
4) s. oben S. 54 zu Anm.3; Herzberg (Unterlassung, S. 13 ff) verwendet zwar ebenfalls das Begriffspaar der echten Begehungs- und der echten Unterlassungsdelikte; er versäumt es jedoch, das Charakteristikum der echten Begehungsdelikte - das reine Verhaltensunrecht ohne Rechtsgutsverletzung - auf das Verhalten zu übertragen, weil er nämlich von keinem gemeinsamen Bezugspunkt der beiden Deliktsarten ausgeht.
5) sog. typisierte Rechtsgutstatbestände, die eventuell nur von einer bestimmten Verhaltensart erfüllt werden können, s. oben S. 44 ff

Zusammenfassung zu Ziffer 1

Erkennt man das in den Straftatbeständen enthaltene Unrecht als leitenden Gesichtspunkt des Strafrechts an, so gliedern sich die Unterlassungsdelikte ebenso wie die Begehungsdelikte entsprechend der Eigenart der Tatbestände in das Strafgesetzbuch ein: Besteht das tatbestandliche Unrecht allein in der Verantwortlichkeit für eine Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung (reine Rechtsgutstatbestände), dann kann es sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen erfüllt werden; verlangt der Tatbestand außerdem noch eine bestimmte Art der Erfolgsherbeiführung (typisierte Rechtsgutstatbestände), so richtet sich die mögliche Begehungsart nach der tatbestandlichen Beschreibung; erschöpft sich dagegen das tatbestandliche Unrecht ausschließlich in einem bestimmten Verhalten (Verhaltenstatbestände), so kann nur dieses normierte Verhalten den Tatbestand erfüllen.

2. Die Anwendbarkeit der §§ 47 ff StGB auf die Unterlassungsdelikte

Wurde oben festgestellt, daß die Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches Begehungs- und Unterlassungsdelikte enthalten, so müßte aus der Systematik des StGB zu folgern sein, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teils auf beide Deliktsarten anzuwenden sind.
Nun sind aber die meisten Begriffe des Allgemeinen Teils (1) auf das positive Tun geprägt (2), und es

---

1) wie auch die des Besonderen Teils, siehe oben S. 35
2) Hardwig ZStW 74, 3o Anm.2; vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 1o5 ff und unten S. 437

ist somit denkbar, daß einige Vorschriften wegen ihrer Eigenart gar nicht auf Unterlassungsdelikte erstreckt werden können.
Es muß also untersucht werden, ob die §§ 47 ff bzw. die §§ 25 ff des 2. StrRG auf Unterlassungsdelikte angewendet werden können. In diese Untersuchung müssen natürlich auch die besonderen Formen der Täterschaft, die von der Lehre und Rechtsprechung aus § 47 entwickelt worden sind, einbezogen werden; dies sind die Nebentäterschaft und die mittelbare Täterschaft.

a) Täterschaft

Von den verschiedenen Formen der Täterschaft hat nur die Mittäterschaft (unten (2)) in § 47 eine gesetzliche Fixierung erfahren. Auf sie und auf die mittelbare Täterschaft, die erstmals gesetzlich durch § 25 Abs. 1 des 2. StrRG geregelt wurde, (unten (3)) muß genauer eingegangen werden; denn die Vereinbarkeit dieser Täterschaftsformen mit den Unterlassungsdelikten ist sehr streitig. Dagegen dürfte es bei der Alleintäterschaft und der Nebentäterschaft (unten (1)) keine Probleme geben.

(1) Alleintäterschaft, Nebentäterschaft

Alleintäterschaft liegt immer dann vor, wenn jemand den gesamten Straftatbestand selbständig für sich verwirklicht (1); dies kann, wie wir oben gesehen

1) Baumann, Lehrbuch, S. 538; Jescheck, Lehrbuch, § 61; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 230; Kohlrausch-Lange, Vorbem. § 47 Anm. I A

haben, bei allen reinen Rechtsgutstatbeständen und bei einigen typisierten Rechtsgutstatbeständen ebenso durch Unterlassen wie auch durch Handeln geschehen. Die Verhaltenstatbestände können nur in der jeweils normierten Verhaltensart durch einen Alleintäter erfüllt werden; durch einen Unterlassenden also nur die Unterlassungsverhaltenstatbestände.

Soweit die Nebentäterschaft überhaupt als eine eigenständige Rechtsfigur wahrgenommen wird (1), definiert man sie als das zufällige Zusammentreffen mehrerer Alleintäter in einem tatbestandlichen Erfolg (2).

---

1) Jescheck (Lehrbuch, § 63 II 3) und Maurer (AT § 49 V 1) halten die Figur des Nebentäters für dogmatisch wertlos.

2) Baumann, Lehrbuch, S. 538 f; Schönke-Schröder, § 47 RN 27; RGSt 68, 251, 256 und die in der Anm. 1 Genannten. Ausgehend vom tatbestandlichen Unrecht könnte man natürlich zur Abgrenzung der Nebentäterschaft von der Mehrtäterschaft verlangen, daß die Nebentäter nicht nur für den g l e i c h e n tatbestandlichen Erfolg verantwortlich sind, sondern daß sie d a s s e l b e Unrecht verwirklicht haben. Dann würde eine Nebentäterschaft nur bei Rechtsgutsdelikten möglich sein, weil hier dasselbe Rechtsgut von mehreren verletzt werden kann bzw. mehreren zur Last gelegt werden muß; bei Verhaltensdelikten gäbe es dagegen keine Nebentäterschaft, sondern nur Mehrtäterschaft, da jeder Täter nur s e i n tatbestandliches Unrecht verwirklicht, nicht aber mehrere dasselbe. (Vgl. dazu RGSt 72, 24, 25, das bei zwei Homosexuellen nur von Tätern des alten § 175, nicht aber von Nebentätern spricht.) Eine solche Einschränkung der Nebentäterschaft hätte aber nur begriffliche Bedeutung, denn beide Formen werden genau gleich behandelt; wichtig ist nur, was auch durch den weiten Nebentäterbegriff ausgedrückt wird, daß nämlich in diesen Fällen keine Mittäterschaft - und damit keine wechselseitige Zurechnung der Tatmerkmale - vorliegt; dazu Jescheck, Lehrbuch, § 63 II 3

Da das Verhalten eines jeden Nebentäters strafrechtlich für sich allein gewürdigt wird, bei Nebentäterschaft materiell also mehrere Alleintäter vorhanden sind (1), kann auch bei Unterlassungstätern Nebentäterschaft vorliegen, wenn z. B. mehrere Garanten aufgrund ihres Unterlassens objektiv für denselben Erfolg verantwortlich sind (2).

(2) Mittäterschaft

Bei Unterlassungsdelikten hält Kaufmann eine Mittäterschaft für undenkbar, da die von § 47 geforderte gemeinschaftliche Tatausführung bei Unterlassungsdelikten nicht möglich sei (3). Es fehle hier an dem für die Mittäterschaft erforderlichen "gemeinsamen Tatentschluß"(4), weil es keinen Unterlassungsvorsatz gäbe.
Diese Folgerung ist jedoch nicht zwingend:Können trotz fehlenden finalen Begehungsvorsatzes (5) die vorsätzlichen Straftatbestände durch Unterlassen "quasivorsätzlich" (6) begangen werden, so ist es nicht ausgeschlossen, daß dieser "Quasivorsatz" gemeinsam gefaßt wird (7).
Außerdem ist schon Kaufmanns Behauptung, es gäbe keinen Unterlassungsvorsatz, unrichtig und als Folge seines

1) Maurach, AT § 49 V 1; Baumann, Lehrbuch, S. 539; Welzel, Lehrbuch, § 15 V
2) Jescheck, Lehrbuch, § 63 IV 2; s. auch Roxin, Täterschaft, S. 464; Kaufmann, Dogmatik, S. 189
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 189, 294; ihm folgend Welzel, Lehrbuch, § 27 V 1 S. 206 ohne eigene Begründung; implizite auch Grünwald GA 1959, 111, dazu oben S. 5f § 25 Abs. 2 des 2. StrRG ist insofern gleichlautend
4) s. Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 45; Baumann, Lehrbuch, S. 540
5) s. oben S.13
6) Kaufmann, Dogmatik, S. 121
7) Roxin, Täterschaft, S. 470

fehlerhaften methodischen Ansatzes zu verwerfen: Denn zur Erforschung des Unterlassungsvorsatzes kann er nicht von einem Vorsatzbegriff ausgehen, der ausschließlich auf positives Tun zugeschnitten ist (1). Gibt es nämlich bei den Unterlassungsdelikten eine Begehungsweise, die dem vorsätzlichen, finalen Tun entspricht (2), und bezeichnet der Gesetzgeber beides als Vorsatz, so kann das nur folgendes bedeuten: Entweder umfaßt dieser Begriff zwei verschiedene Verhaltensweisen, also einen - möglicherweise finalen - Begehungs- und einen davon zu unterscheidenden Unterlassungsvorsatz, die jeder für sich eine gleichwertige strafrechtsdogmatische Funktion erfüllen; oder - was wohl zutrifft (3) - der für das Strafrecht maßgebende Vorsatzbegriff ist nicht (4) der finale, sondern derjenige, der sowohl bei positivem Tun als auch bei Unterlassungen in gleicher Weise vorhanden ist.

Außerdem führt Kaufmann gegen die Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten an, daß es keine "Arbeitsteilung" geben könne, weil die Unterlassung keine "Ausführungshandlung" kenne (5). Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn die Arbeitsteilung ist kein zwingendes Wesensmerkmal der Mittäterschaft. Weder der Gesetzeswortlaut noch die vorgesetzliche Ausfüllung des Begriffs "Mittäter" verlangen eine arbeitsteilige Verwirklichung der Straftat; begrifflich ist vielmehr jeder Tatbeitrag (6), auch die

---

1) s. oben S. 7 f, 13 ff, 23 f
2) vgl. die Abgrenzung des "quasivorsätzlichen" vom fahrlässigen Unterlassen, Kaufmann, Dogmatik, S. 115
3) s. Roxin ZStW 74, 515 ff, bes. 530
4) vgl. auch Engisch JZ 1962, 190
5) Kaufmann, Dogmatik, S. 189
6) Über den Streit wegen der Art des Tatbeitrages vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 63 III 1 und 2

vollständige Erfüllung des Straftatbestandes durch jeden der Beteiligten (1) mit der Mittäterschaft zu vereinbaren - die Arbeitsteilung ist nur eine ihrer typischen Erscheinungen (2). Daß die Unterlassung schließlich keine Ausführungshandlung im technischen Sinne hat, ist nicht zu bestreiten; jedoch ist in § 47 die "Handlung" ebensowenig im engen technischen Sinne zu verstehen, wie etwa in § 1, sondern als Oberbegriff für Tun und Unterlassen (3).

Entgegen Kaufmann ist auch nach der überwiegenden Meinung die Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten möglich (4). Ohne daß jetzt schon auf die Täterlehren im einzelnen eingegangen wird, muß dieses Ergebnis verschiedener Lehren aus grundsätzlichen Erwägungen heraus eingeschränkt und präzisiert werden.
Ebenso wie die eigenhändigen Begehungsdelikte nicht in Mittäterschaft begangen werden können, weil mehrere Täter - auch wenn sie einverständlich handeln - das tatbestandliche Unrecht nicht gemeinschaftlich, sondern jeder für sich "in Person" erfüllen (5), können auch die zu den Verhaltenstatbeständen zählenden Unterlassungsdelikte (§§ 138, 330 c) nur in Nebentäterschaft verwirklicht werden (6).

---

1) s. Baumann, Lehrbuch, S. 539/540
2) Roxin, Täterschaft, S. 357 ff; Busch in LK § 47 RN 20; Baumann, Lehrbuch, S. 539. Zum Erfordernis der "arbeitsteiligen" Tatbestandserfüllung im Bereich des Tatherrschaftsprinzips vgl. unten S. 331.
3) s. Böhm S. 15 u. oben S. 74
4) Roxin, Täterschaft, S. 496 ff; Wörner S. 69; Kielwein GA 1955, 227; Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2; Baumann, Lehrbuch S. 541; Maurach AT § 49 III 2; Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/3; Schönke-Schröder, § 47 RN 8; Busch in LK § 47 RN 4 a 20; RGSt 66, 71, 74
5) Roxin, Täterschaft, S. 411; Busch in LK § 47 RN 3, anders aber Baumann, Lehrbuch, S. 543
6) so Storsberg, S. 105; Schwalbach GS 31, 611; gegen diese Differenzierung ausdr. Kaufmann, Dogmatik, S. 189

A und B erfahren von dem geplanten Mordanschlag auf C. Da sie C nicht leiden können, vereinbaren sie, daß beide den C nicht warnen und von dem geplanten Anschlag auch nicht dritten Personen erzählen.

A und B sind gemäß § 138 zur Anzeige der bevorstehenden Straftat verpflichtet. Obwohl sie ihr Verhalten aufeinander abgestimmt und damit die Anzeige "einverständlich" unterlassen haben, können sie doch nicht als Mittäter bezeichnet werden: Denn das Verhaltensunrecht des § 138 können sie nicht "gemeinschaftlich" im Sinne des § 47 erfüllen, sondern jeder unterläßt die Anzeige als eigene, selbständige Tat (1).
Also können nur die Unterlassungsdelikte in Mittäterschaft begangen werden, denen Rechtsgutstatbestände zugrunde liegen, und zwar sind die folgenden Fallkonstellationen denkbar: Mehrere einer gemeinsamen Handlungspflicht oder unterschiedlichen Handlungspflichten unterstehende Garanten unterlassen einverständlich die gebotene Handlung; und Unterlassende und Handelnde sind wegen ihres einverständlichen Verhaltens für denselben Erfolg verantwortlich.
Weitere Feststellungen zur Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten können an dieser Stelle noch nicht getroffen werden, denn hier geht es ja zunächst nur um die grundsätzliche Vereinbarkeit der Verhaltensart "Unterlassen" mit der Beteiligungsform der Mittäterschaft. Diese Frage kann - mit der genannten Einschränkung hinsichtlich der Verhaltenstatbestände - positiv beantwortet werden. Die weiteren Fragen

---

1) so auch Schönke-Schröder, § 139 RN 7 im Gegensatz zu § 47 RN 8

allerdings, welche der aufgezeigten Konstellationen tatsächlich zur Mittäterschaft eines Unterlassenden zu zählen sind, muß der späteren Untersuchung über den Täterbegriff des Unterlassenden vorbehalten bleiben (1).
Wenn aber die Rechtsfigur der Mittäterschaft für die Unterlassungsdelikte nur eine terminologische und keine praktische Bedeutung besitzt, wie mehrfach behauptet wird (2), so würde die Feststellung, daß bei Unterlassenden die Mittäterschaft denkbar ist, ausreichen und ein weiteres Eingehen auf diese Frage überflüssig sein. Aber die gleiche Funktion, die § 47 teilweise bei Begehungsdelikten ausübt, nämlich den Tatbeteiligten, der nach seinem eigenen Tatanteil nur als Gehilfe oder Anstifter bestraft werden könnte, bei Vorliegen des § 47 durch Zurechnung der Tatanteile der anderen Beteiligten als Täter zu behandeln (3), eben diese Funktion ist auch bei Unterlassungsdelikten denkbar. Denn außer Grünwalds Teilnahmelehre, die entgegen der von uns festgestellten Gesetzessystematik völlig außerhalb des Gesetzes steht (4), enthält jede bekannte Teilnahmelehre der Unterlassungsdelikte auch solches Unterlassen, das nur Teilnahmeunwert besitzt (5) -

---

1) über die Bedeutung des Täterbegriffs für diese Frage vgl. Roxin, Täterschaft, S. 470 f
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 48; Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2; Kaufmann, Dogmatik, S. 190; Schmidhäuser, Lehrbuch 17/5
3) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 43; Welzel, Lehrbuch, § 15 IV; Baumann, Lehrbuch, S. 540/541; Roxin, Täterschaft, S. 277; Schmidthäuser, Lehrbuch, 17,3
4) s. oben S. 5 ff
5) z. B. Roxin, Täterschaft, S. 476 ff; Schönke-Schröder, Vorbemerkungen § 47 RN 105 ff

sei es wie bei Kaufmann auch nur eine ganz besondere Ausnahme (1). Liegen bei einem solchen - nach seinem eigenen Verhalten nur teilnehmenden - Unterlassenden die Voraussetzungen des § 47 bezüglich anderer Beteiligter vor, so ist es möglich, daß er durch die für die Mittäterschaft typische Zurechnung der fremden Tatbeiträge zum Täter wird.
Ob und in welcher Konstellation dies geschieht, muß also noch nach der Feststellung des Täterbegriffs untersucht werden (2).

(3) Mittelbare Täterschaft

Aus der gesetzlichen Formulierung in § 25 Abs. 1 des 2. StrRG, der zufolge der mittelbare Täter "die Straftat durch einen anderen begeht", kann nicht geschlossen werden, daß die Verwirklichung dieser Täterschaftsform durch Unterlassen ausgeschlossen oder beschränkt ist. Diese Fassung legt weder eine besondere Begehungsweise noch eine andere besondere Konstruktion der mittelbaren Täterschaft fest, sondern überläßt durch den lediglich andeutenden Hinweis (3) auf diese Täterschaftsform deren weitere Ausgestaltung der Lehre und der Praxis.
Ob ein Unterlassender mittelbarer Täter sein kann, ist hauptsächlich eine Frage nach der Definition

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 299 f: Das Unterlassen bei Eigentumsdelikten wegen der fehlenden Zueignungshandlung
2) s. unten S. 283 ff, 330 ff und 382 ff
3) vgl. AE S. 67; Roxin, Täterschaft, S. 591

der Unterlassungstäterschaft: Denn ob der Irrenwärter, der einem Amoklauf eines Geisteskranken zustimmend zusieht, sich als unmittelbarer oder mittelbarer Täter zu verantworten hat - oder sogar nur als Teilnehmer -, entscheidet sich danach, wie man den Begriff des Unterlassungstäters faßt (1); wie bei der Mittäterschaft kann auch hier erst nach der Bestimmung des Täterbegriffs die Konstellation abschließend erörtert werden.
Es bestehen aber auch grundsätzliche Einwände dagegen, daß ein Unterlassender sich einer anderen Person als Werkzeug zur Ausführung einer Straftat bedienen kann. Diese in der Eigenart des Unterlassens begründeten Bedenken müssen bereits hier erörtert werden.

Bevor hierauf eingegangen wird, muß zur Klarstellung folgendes bemerkt werden: In diesen Zusammenhang gehört nicht die Fallgruppe, bei der der Delinquent einen Rettungswilligen durch Festhalten, Betäuben oder andere Gewaltakte an der Rettungshandlung zum Schutze eines gefährdeten Rechtsgutes hindert und so dessen Verlust verursacht.

> C droht zu ertrinken. Die Passanten A und B bemerken dies. B will ins Wasser springen, um C zu retten. A hält den B mit Gewalt zurück. B hätte den C noch retten können. So aber ertrinkt er.

---

1) s. Herzberg, Unterlassung, S. 261; Baumann, Lehrbuch, S. 556; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. RN 36; u. vgl. unten S. 333 ff und 385 ff

Entgegen einer gelegentlich vertretenen Meinung (1), daß A durch das nötigende Einwirken auf B ein "Unterlassungsdelikt in mittelbarer Täterschaft" begangen habe, ist er wegen Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung durch positives Tun als Begehungstäter (2) zu bestrafen: Denn im Verhalten des A ist kein strafrechtlich relevantes Unterlassen zu erkennen - sieht man von einer möglicherweise im konkreten Fall bestehenden, hier aber nicht interessierenden eigenen Handlungspflicht ab (3). Ihm ist vielmehr aufgrund seines positiven Tuns die Rechtsgutsverletzung als sein Werk objektiv zuzurechnen, weil er durch seine Nötigungshandlung B als Schutzposition für das Rechtsgut ausgeschaltet hat - gleichgültig, ob dieser als Garant zur Hilfeleistung verpflichtet war oder ob er einer allgemeinen Hilfspflicht folgen

---

1) Mezger, Strafrecht, S. 420 im Gegensatz zu S. 133 Anm. 13; Sauer GS 114, 319 f, aufrechterhalten in Strafrechtslehre, S. 97 Anm. 100; Zimmermann, NJW 1952, 1322; Maurach AT 1. Aufl. S. 517 § 48 III 1, stillschweigend aufgegeben seit der 2. Auflage; Kaufmann, Dogmatik, S. 190, sieht für die "mittelbare Unterlassungstäterschaft" nur diese Gruppe als diskutabel an.

2) Roxin, Täterschaft, S. 472, derselbe Engisch-Festschrift, S. 388; Kaufmann, Dogmatik, S. 190; Storsberg S. 106; Maurach AT § 45 II C; Mezger-Blei, StuB AT § 82 II 2; Jescheck, Lehrbuch § 60 III 1; Baumann, Lehrbuch, S. 559; Ranft JuS 1963, 343; Schönke-Schröder, Vorbemerkungen § 47 RN 37; abwegig Arthur Kaufmann-Hassemer JuS 1964 S. 156, die der (dort: Täuschungs-) Handlung des Hintermannes gar keine Beachtung schenken und so - bei einer Handlungspflicht in seiner Person - zu einer Unterlassungstäterschaft kommen.
Über die hiermit zusammenhängende Frage der Unterlassungstäterschaft durch Begehung vgl. oben S. 59 ff.

3) über die Konkurrenzfrage vgl. unten S. 436 ff

oder sogar ohne jegliche Pflicht aus eigenem Antrieb das Rechtsgut schützen wollte (1).

Hieraus ergibt sich schon, daß es keinen Einfluß auf die Verantwortlichkeit des A für die Rechtsgutsverletzung haben kann, wie die Untätigkeit des B strafrechtlich zu bewerten ist (2). Erst recht wäre es falsch, die Strafbarkeit des A mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft von B "abzuleiten", wie Sauer vorschlägt (3); denn bei dieser Rechtsfigur müssen die für die Tatbestandserfüllung wesentlichen persönlichen Eigenschaften gerade beim mittelbaren Täter vorliegen (4): Ob das "Werkzeug" B Garant für das Rechtsgut oder allgemein Handlungspflichtiger (§ 330 c) ist, könnte für die Strafbarkeit des "mittelbaren Täters" A nichts ausmachen. Auch würde es der Funktion der mittelbaren Täterschaft widersprechen, den A entsprechend der Verantwortlichkeit des B für den Rechtsgutsverlust nach dem betreffenden Rechtsgutstatbestand, nach

---

1) Bei Personen ohne eine spezielle (Garanten-) Handlungspflicht zum Schutze des Rechtsgutes ist es entscheidend, daß der Handelnde gegen deren Rettungswillen handelt; den die Schutzposition muß sich hier durch eine entsprechende Willensbetätigung manifestiert haben, bevor man jene Zurechnung vornehmen kann. Da der Garant ohnehin eine Schutzposition für das Rechtsgut darstellt, ist bei ihm ein solcher tatsächlicher Anhalt nicht erforderlich; vgl. oben S.68 Anm.1

2) dazu vgl. Ranft JuS 1963, 343

3) Sauer GS 114, 320; Zimmermann NJW 1952, 1321 f versteht ihn anders, er meint, unabhängig von einer Handlungspflicht in der Person des B ein unechtes Unterlassungsdelikt bei A annehmen zu können.

4) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 23; Roxin, Täterschaft, S. 253 ff, 352 ff; Baumann JuS 1963,91

§ 330 c, oder gar nicht zu bestrafen; den während die mittelbare Täterschaft sonst dazu dient, den Hintermann, der nur teilweise den Tatbestand erfüllt hat und deshalb nicht als Täter belangt werden kann, aufgrund seiner Stellung im Tatgeschehen zum Täter aufzuwerten, würde hier mit Hilfe dieser Rechtsfigur die an sich gegebene Strafbarkeit des Hintermannes wegen Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung gemildert oder sogar ausgeschlossen, wenn das "Werkzeug" nicht Garant war.

Wenn die Strafbarkeit des A auch völlig unabhängig von einer Unterlassung des B allein in seinem Verhalten begründet und somit die Bezeichnung dieser Fallgruppe als "Unterlassungsdelikt in mittelbarer Täterschaft" unkorrekt ist, so hat sie aber in einem Fall eine gewisse Berechtigung: Wirkt A mit vis absoluta auf B ein, so daß dieser handlungsunfähig wird, so ist A unmittelbarer Begehungstäter der Straftat (1); wendet A aber nur vis compulsiva an, so daß B noch hätte handeln können, dann ist A mittelbarer Begehungstäter und B begeht eine durch § 52 entschuldigte Unterlassung (falls er als Garant oder nach § 330 c handeln mußte). In dem letzten Fall liegt also eine "mittelbare Begehungstäterschaft mittels eines Unterlassungsdelikts" vor. Diese Konstellation ist nur dogmatisch interessant und hat keine besondere praktische Bedeutung; sie zeigt aber wiederum, daß Tun und Unterlassen entgegen Kaufmanns Unterlassungsdogmatik nicht völlig getrennt voneinander

---

1) zu weit Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 37

bestehen, sondern auch dogmatisch ineinandergreifen (1).

Die Frage nach der Möglichkeit einer mittelbaren Unterlassungstäterschaft kann noch weiter eingegrenzt werden, indem man die Verhaltenstatbestände §§ 138, 330 c - in Fortsetzung der bereits festgestellten Parallelen (2) zu den eigenhändigen Begehungsdelikten (3) - als für diese Rechtsfigur untauglich ausscheidet (4, 5). Denn das Unrecht dieser Vorschriften, das nicht in der Verantwortlichkeit für eine Rechtsgutsverletzung, sondern in der Nichtbeachtung der geringsten gesellschaftlichen Rücksichtnahme besteht (6), kann nur von demjenigen

---

1) s. oben S. 1o ff
2) s. oben zur Begehbarkeit durch Tun und Unterlassen S. 58 ff; zur Mittäterschaft S. 78 f
3) s. Roxin, Täterschaft, S. 399 f; Jescheck, Lehrbuch, § 63 I 2; Welzel, Lehrbuch, § 15 III; Baumann, Lehrbuch, S. 118; Maurach AT § 21 II A 1; RGSt 74, 21, 24
4) so auch Engelsing, S. 51; Storsberg S. 105. Welzel (Lehrbuch § 27 V 1) lehnt zwar bei den echten Unterlassungsdelikten ebenfalls die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft ab, er beschränkt diese Gruppe aber nicht auf die Verhaltensdelikte; s. auch Welzel, Lehrbuch, § 26 II 1 und oben S. 69
5) Das gilt natürlich auch für die mittelbare B e g e h u n g s täterschaft, da diese Vorschriften gar nicht durch positives Tun täterschaftlich zu erfüllen sind, s. oben S. 59 f; wer auf einen nach §§ 138, 330 c Pflichtigen einwirkt, ist als Begehungstäter zu bestrafen, falls durch seine Handlung die Gefahr für das Rechtsgut objektiv erhöht wurde, s. oben S. 41, 68
6) s. oben S. 53 ff und Storsberg S. 99 ff, 104

erfüllt werden, der sich in der den Solidaritätsakt verlangenden Situation befindet. Zwar kann ein Außenstehender, an welchen diese Forderung nicht gestellt wird, für das Unterlassen der Anzeige- bzw. Rettungshandlung aufgrund seiner Verantwortlichkeit für den Handlungspflichtigen kausal und deshalb auch in irgendeiner Art für das Geschehen verantwortlich sein (1). Steht er aber nicht in der Situation, in der dieses Minimum an sozialem Verhalten von ihm gefordert werden kann, so kann er dieses tatbestandliche Verhaltensunrecht auch nicht erfüllen (2, 3).

Daß dies dem Willen des Gesetzes entspricht und auch keine Strafbarkeitslücken offenläßt, soll an der Fallkonstellation gezeigt werden, die am ehesten eine mittelbare Täterschaft der §§ 138, 330 c begründen könnte: Das handlungspflichtige "Werkzeug" B erkennt die Gefahrsituation, seine Abwendungsmöglichkeit oder die eigene Handlungspflicht aufgrund eines Tatsachenirrtums nicht, und der "Hintermann" A überblickt zwar die Situation, klärt aber B nicht auf, obwohl er für dessen Verhalten als Garant strafrechtlich verantwortlich ist (4). In allen Fällen, in

---

1) z. B. wegen Teilnahme an §§ 330 c, 138 oder wegen der Rechtsgutsverletzung unmittelbar (also wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes)
2) Storsberg, S. 105; diese persönliche Pflichtenstellung ähnelt sehr den "unechten eigenhändigen Delikten" bei Roxin, Täterschaft, S. 392/393
3) über Teilnahme an diesen Delikten vgl. unten S. 98 und 392
4) A müßte also mittelbarer Garant für B sein, dazu s. unten S. 295.

denen die Handlungspflicht auch A trifft, ist er unmittelbarer Täter; also muß er, - um die mittelbare Täterschaft überhaupt ins Spiel bringen zu können - von ihr befreit sein. Dies ist bei § 138 dann der Fall, wenn er in einer besonderen Beziehung zu dem Verbrecher steht, Beteiligter an dem Verbrechen oder das einzige Opfer der geplanten Tat ist (2).

> Der Gewohnheitsverbrecher C eröffnet dem Pastor A in einem Seelsorge-Gespräch seinen Plan für den nächsten Raubüberfall. Als B, der Sohn des Pastors, für einen Moment das Zimmer betritt, erfährt er alle wesentlichen Bestandteile des Planes, meint jedoch, daß C eine bereits begangene Tat schildert. In einem anschließenden Gespräch mit B erkennt A diesen Irrtum; er weiß, daß B die geplante Tat anzeigen würde, wenn er nicht dem Irrtum unterliegen würde. Dennoch klärt A den B nicht auf.

A ist gemäß § 139 Abs. 2 selbst nicht zur Anzeige verpflichtet, er ist jedoch als Vater für das Wohlverhalten des B verantwortlich (3), der zwar gemäß § 138 anzeigepflichtig, aber dem Tatbestandsirrtum unterlegen ist. Würde man nun dem "Hintermann" A, der die Anzeigepflicht erkennt, das Unterlassen des B als mittelbarem Täter des § 138 zurechnen, so würden die Privilegien, die die Gewissenskonflikte des Pflichtigen berücksichtigen, über den Umweg der mittelbaren Täterschaft wieder aufgehoben. Wenn aber der "Hintermann" A, der die

---

1) § 139 II, III; Abs. 4 honoriert, daß der Pflichtige auf eine andere Art der Solidaritätspflicht genüge getan hat; Abs. 1 will vermeiden, daß der ansich zur Anzeige Verpflichtete bestraft wird, während der Verbrecher nicht belangt werden kann.
2) s. Schönke-Schröder, § 138 RN 12 f
3) Zur Garantenpflicht des Aufsichtspflichtigen vgl. unten S. 393 ff.

Verbrechenspläne kennt, aufgrund besonderer persönlicher Verhältnisse von der allgemeinen Anzeigepflicht befreit ist, dann muß ein logisch aufgebautes Gesetz ihn auch von der Pflicht befreien, solche Handlungen vorzunehmen, die "mittelbar", aber zweckgerichtet zur Anzeige führen; denn zwischen der unmittelbaren Anzeige und dem Einwirken auf einen Dritten, daß dieser das Verbrechen anzeigen solle, besteht angesichts der Privilegierung kein Unterschied, der eine differenzierte Behandlung rechtfertigen könnte.
Die Wertentscheidung des Gesetzgebers, den in § 139 aufgeführten Fällen persönlicher Interessen des Anzeigepflichtigen vor dem allgemeinen Interesse an der gesellschaftlichen Solidarität den Vorzug zu geben, darf also nicht durch die mittelbare Täterschaft beseitigt werden.
Diese Konstruktion ist auch dann nicht am Platze, wenn eine unmittelbare Bestrafung des A nach § 138 auszuscheiden scheint, weil er - im Gegensatz zu dem die Situation nicht durchschauenden B - die Anzeige nicht selbst erbringen kann, ihm also die geforderte Handlung selbst unmöglich ist.

> Dem Gelähmten A erzählt der C seinen Verbrechensplan, um sich von ihm noch ein paar Tips zu holen. A verweigert seinen Rat. Als C gegangen ist, erfährt A, daß B dem Gespräch gelauscht hat, jedoch meint, die Tat sei bereits begangen. Obwohl A durch Einschaltung des B die Tat anzeigen könnte, klärt er den B nicht auf.

A ist anzeigepflichtig, kann die Anzeige jedoch nicht selbst bei der Polizei oder dem Opfer erstatten.

Man könnte deshalb auf den Gedanken kommen, seine Beziehung zu B zur Grundlage der strafrechtlichen Bewertung seines Verhaltens zu machen. Das ist jedoch gar nicht erforderlich. Denn dafür, daß er den B nicht aufklärt und zur Anzeige angehalten hat, ist A nicht deshalb strafbar, weil ihm als dem mittelbaren Täter kraft seiner Übersicht und einer eventuellen Verantwortlichkeit für B dessen Unterlassung als eigene zugerechnet wird; sondern er hat es unterlassen, durch Einschalten des B als Übermittlungsgehilfen die Anzeige zu erstatten, und er hat damit das Verhaltensunrecht der mangelnden Solidaritätsbekundung selbst als unmittelbarer Täter erfüllt.

Ebenso sieht es bei § 330 c aus. Wenn für A die Hilfspflicht unzumutbar ist oder er die erforderliche Rettungshandlung aus persönlicher Unfähigkeit nicht vornehmen kann, entfällt für ihn die Hilfspflicht bzw. ihre strafrechtliche Sanktionierung wegen Unmöglichkeit der geforderten Handlung. Klärt er den B, für den die Rettungshandlung möglich und auch zumutbar wäre, nicht auf, so daß dieser mangels tatsächlicher Kenntnis die Hilfshandlung in strafrechtlich relevanter Weise unterläßt, so ist A unmittelbarer Täter des § 330 c. Denn in diesen Fällen besteht die erforderliche Hilfshandlung in der Benachrichtigung und Einschaltung des B bei der Rettung des Rechtsgutes (1). Dadurch, daß A diese Handlung unterläßt, erfüllt er ebenso das Unrecht dieser Vorschrift, als wenn er die unmittelbar zur Rettung

---

1) Schönke-Schröder, § 330 c RN 18

führende, für ihn mögliche und zumutbare Handlung unterlassen hätte.
Bei den Verhaltenstatbeständen §§ 138, 330 c scheidet also die mittelbare Täterschaft einerseits wegen der Eigenart des tatbestandlichen Unrechts aus, das nämlich nur von dem Adressaten der Verhaltenspflicht selbst erfüllt werden kann; und zum anderen scheidet auch die mittelbare Täterschaft deshalb aus, weil die dem Bild der mittelbaren Täterschaft entsprechenden Fälle entweder nach dem Willen des Gesetzgebers straflos oder aber schon wegen unmittelbarer Täterschaft strafbar sind.

Die Untersuchung über die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen konzentriert sich nunmehr auf die Rechtsgutstatbestände.
Ohne daß diese Eingrenzung des Problems bewußt vorgenommen wird, beschränkt sich auch die allgemeine Diskussion heute auf diese Deliktgruppe, wie die in den verschiedenen Beiträgen angeführten Beispiele beweisen. Besonders häufig wird dort der Fall genannt, daß der Pfleger eines Geisteskranken dessen Amoklauf untätig zuschaut (1); als weiteres Beispiel soll der folgende Fall hinzugefügt werden:

> Der wachhabende Offizier A, der die Lage durchschaut, hindert den ihm unterstellten Wachsoldaten B nicht daran, daß dieser auf einen Menschen schießt, den er irrtümlicherweise für eine Übungsscheibe hält.

Trotz der Ähnlichkeit dieser Fallkonstellation zur

---

1) Außer Welzel alle unten in der Anm. 2 Genannten auf der folgenden Seite.

mittelbaren Täterschaft mittels eines Unzurechnungsfähigen (1) bzw. kraft Irrtums, wird überwiegend die Möglichkeit einer mittelbaren Unterlassungstäterschaft geleugnet (2).
Dies wird damit begründet, daß es keinen Unterschied für die Strafbarkeit eines Garanten ausmachen könne, ob die zur Rechtsgutsverletzung führende Kausalkette von einem Nichtverantwortlichen oder von Naturgewalten ausgelöst worden ist (3).
Soweit es um die Verantwortlichkeit des Garanten geht, würde er jedoch nicht unterschiedlich behandelt; denn gerade bei Anerkennung der mittelbaren Täterschaft würde er sich in beiden Fällen als Täter zu verantworten haben.
Eine unterschiedliche dogmatische Behandlung der verschiedenen Fälle kann aber nicht ausgeschlossen sein; immerhin treten nämlich in dem einen Fall zwei Personen auf, wodurch regelmäßig die Probleme der "Tätermehrheit" ausgelöst werden. Es kann auch darauf verwiesen werden, daß solche Erscheinungen ebenfalls bei den Begehungsdelikten dogmatisch differenziert werden: Der Täter läßt den Erfolg einmal durch ein abgerichtetes Tier oder einen Roboter herbeiführen, zum anderen aber durch einen irrenden Geisteskranken;

---

1) Über die differenzierte Behandlung dieser Gruppe vgl. Roxin, Täterschaft, S. 233 ff und unten S. 220.
2) Roxin, Täterschaft, S. 471; Herzberg, Unterlassung, S. 261; Grünwald GA 1959, 122; Welzel, Lehrbuch, § 28 V 1 iVm § 27 V 1 S. 211 - s. oben S. 86 Anm.4 Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 35, 36; zweifelnd, aber letzlich ablehnend Jescheck, Lehrbuch, § 62 IV 2; für die mittelb. Täterschaft durch Unterlassen Baumann, Lehrbuch, S. 556 und JuS 1963, 91; Maurach AT § 48 III 1; Mezger-Blei, StuB AT § 81 II 2; Schmidhäuser, Lehrbuch 17/8
3) Roxin, Täterschaft; Jescheck, Lehrbuch, § 62 IV 2; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 36

im ersten Fall ist er unmittelbarer und im zweiten Fall in der Regel mittelbarer Täter (1).

Auch das weitere Argument gegen die mittelbare Unterlassungstäterschaft kann nicht überzeugen: Jede mittelbare Täterschaft setze voraus, daß der Hintermann sich eines Tatmittlers bedient, den er durch aktives Tun in den Handlungsverlauf eingeschaltet hat; da ein solcher Anstoß naturgemäß beim Unterlassen fehle, könne es keine mittelbare Unterlassungstäterschaft geben (2).
Das Gesetz verlangt jedoch auch in seiner zukünftigen Fassung nicht nach dieser Auslegung, denn eine Tatverwirklichung "durch einen anderen" (§ 25 Abs. 1 des 2. StrRG) setzt keine bestimmte Verhaltensart voraus.
Wenn jeder mittelbare Begehungstäter sein Werk-zeug durch positives Tun einsetzt, so liegt darin das für das positive Tun typische und notwendige Merkmal des aktiven Handelns. Daraus folgt jedoch nicht unbedingt, daß die mittelbare Täterschaft allgemein bzw. ihre hier zu untersuchende Unterlassungskomponente dieses Merkmal enthalten muß (3).
Es bleibt somit nur noch die Möglichkeit, aus der Funktion der mittelbaren Täterschaft, die ihr von Lehre und Rechtsprechung zugedacht werden, ihre wesensnotwendigen Bestandteile abzulesen.

Mit Hilfe der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft sollen auch solche Verbrecher der vollen Täterstrafe

---

1) über die Sonderfälle der Teilnahme vgl. Roxin, Täterschaft, S. 236
2) Roxin, Täterschaft, S. 471
3) vgl. die Kritik an Grünwalds u. Kaufmanns Vorgehen, die die Erscheinungen der Begehungsdelikte unmittelbar auf die Unterlassungsdelikte übertragen, oben auf S. 5 ff, 1o ff

unterstellt werden können, die ihrem eigenen Verhalten nach mangels eigener Tatbestandserfüllung nur als Gehilfe oder Anstifter zu bestrafen wären, wegen ihrer beherrschenden Stellung im Tatgeschehen aber als Hauptverantwortliche angesehen werden müssen (1). Ebenso wie bei der Mittäterschaft soll hier also ein Verhalten, das an sich nur zur Bestrafung wegen Teilnahme an der Haupttat berechtigt, zum Täterverhalten aufgewertet werden. Während es dort durch das Merkmal der "gemeinschaftlichen Tatausführung" geschieht (2), ist hier maßgebend, daß der Hintermann kraft seines Wissens (3) oder anderer Umstände das Geschehen so sehr beherrscht, daß das Verbrechen trotz seines geringen tatbestandlichen Beitrages als sein Werk erscheint.
Hiernach müßte es also eine mittelbare Unterlassungstäterschaft geben, wenn das Unterlassen eines Garanten in bestimmten Fällen nur zu einer Bestrafung wegen Teilnahme an der Straftat führt und wenn der Unterlassende hier wiederum unter bestimmten Umständen das Tatgeschehen gegenüber dem den Straftatbestand unmittelbar Erfüllenden als der Hauptverantwortliche beherrscht. Ohne auf diese sich hier aufdrängende Frage nach der Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten näher einzugehen (4), kann anhand der oben angeführten Beispiele festgestellt werden, daß ein Unterlassender z. B. aufgrund seines besseren Wissens auch gegenüber einem Handelnden als der eigentlich Verantwortliche für das Geschehen anzusehen ist; auch gibt es nach fast allen Theorien Unterlassungen mit bloßem

---

1) s. Welzel, Lehrbuch, § 15 II; Baumann, Lehrbuch, S. 529
2) s. oben S.8o
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 232 lit. 3
4) dazu unten S. 271 ff

Teilnahmeunwert (1), die zur Täterschaft aufgewertet werden könnten. Also steht der Möglichkeit einer mittelbaren Unterlassungstäterschaft grundsätzlich nichts entgegen.
Ob es sie auch tatsächlich gibt, kann erst nach der Feststellung des Begriffs des Unterlassungstäters beantwortet werden. Das hängt nämlich davon ab, ob dieser Täterbegriff nicht auf die Fälle, die nach den obigen Erörterungen eine mittelbare Täterschaft begründen könnten, schon durch das Merkmal der unmittelbaren Unterlassungstäterschaft erfaßt (2).

b) Teilnahme

Es bleibt zu untersuchen, ob auch die gesetzlichen Formen der Teilnahme mit der wesensmäßigen Eigenart der Unterlassungsdelikte zu vereinbaren sind. Hierbei soll entgegen der gesetzlichen und auch sonst üblichen Reihenfolge zuerst die Beihilfe und erst dann die Anstiftung behandelt werden. Denn hierbei wird es sich als entscheidend erweisen, daß die Beihilfe der allgemeine Teilnahmetatbestand und die Anstiftung ein Spezialfall der Teilnahme ist (3). Während die Anstiftung

---

1) s. oben S. 80 zu. Anm.4 und 5
2) dazu Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 36:"Diese Unterscheidung (zwischen täterschafts- und teilnahmebgründenden Garantenpflichten) spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, da sie nur bei verantwortlichen Handeln eines Dritten bedeutsam ist"; s. auch unten S. 333 ff und 385 ff.
3) so ausdrücklich Gallas, Begriffe Täterschaft und Teilnahme, S. 17/18; ders. JZ 1960, 687 Anm.64; Baur, Anstiftung, S. 28/29; Lackner-Maassen § 49 Anm.3; vgl. auch Baumann JuS 1963, 125 f "Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe". Herzbergs Ansicht von den selbständigen Straftatbeständen der Anstiftung und der Beihilfe (GA 1971, 2) kann schon wegen der gesetzlichen Strafverweisung auf die Haupttat nicht gefolgt werden.

nämlich ein Verhalten verlangt, das durch Weckung des Tatentschlusses den Täter zur Straftat veranlaßt, ist das Verhalten bei der Beihilfe nicht näher differenziert; es genügt vielmehr jede vorsätzliche Förderung der Haupttat. Erst wenn die Vereinbarkeit des Grundtatbestandes der Teilnahme mit dem Unterlassen festgestellt worden ist, kann es sinnvoll sein, auf den Sonderfall der Anstiftung einzugehen. Daher ist diese Reihenfolge bei der folgenden Untersuchung geboten.

(1) Beihilfe

Nach dem Gesetzeswortlaut liegt eine Beihilfe dann vor, wenn zu einer Straftat "durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet" worden ist (§ 49). Nach heute einhelliger Ansicht enthalten die Worte "durch Rat und Tat" nur einen Hinweis auf die - an sich schon selbstverständliche - Möglichkeit einer psychischen und physischen Beihilfe (1); sonst haben sie keinerlei Bedeutung, insbesondere begrenzen sie nicht die Mittel der Beihilfe (2).
Im künftigen Strafrecht werden diese Worte auch als überflüssig fallengelassen (3).

---

1) Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2 a; Welzel, Lehrbuch, § 16 III 2; Mezger-Blei, StuB AT § 89 I; Baumann, Lehrbuch, S. 585; Maurach, AT § 52 II A 1; Schönke-Schröder, § 49 RN 9; anders H. Mayer, 1967, S. 161, der für die Beihilfe nach seiner Diktion sogar mehr verlangt als für die Täterschaft.
2) dazu ausführlich Lubberger, S. 9
3) § 27 Abs. 1 des 2. StrRG, s. auch § 31 Abs. 1 E 1962 und Begründung S. 150/151; § 29 Abs. 1 AE

Als tatbestandliche Anforderung an das Beihilfeverhalten bleibt mithin nur die Hilfeleistung zur fremden Straftat; es genügt also jedes Verhalten, das die Straftat fördert (1).

Das Unterlassen kann diese Anforderung des § 49 nicht ohne weiteres erfüllen, denn für sich genommen ist es neutral: Wer, ohne etwas zu tun, neben der Straftat eines anderen steht, fördert dies fremde Tun ebensowenig, wie er es hindert. Zur Förderung der Haupttat wird das Unterlassen aber dann, wenn es einer Handlungspflicht zur Verhinderung der Straftat widerspricht: Denn hier wird dem Täter zur Tatbegehung eine günstigere Situation gewährt, als ihm nach der Rechtsordnung zugestanden werden dürfte (2). So wie sich das "Fördern" bei der Begehung aus dem Verhältnis zwischen den Tatsituationen ergibt, die ohne die Mitwirkung des Gehilfen bestanden hätten und durch sein Eingreifen tatsächlich geschaffen worden sind, ist das "Fördern" auch beim Unterlassen einer vergleichenden Betrachtung zu entnehmen, nämlich zwischen der tatsächlichen und der aufgrund des gebotenen Tuns geförderten Lage für die Straftat. Der Verantwortliche für diese Besserstellung, nämlich der Handlungspflichtige, "fördert" durch die Nichtbeachtung der Handlungspflicht die Haupttat und kann somit "Gehilfe" im Sinne des § 49 sein (3).

---

1) Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2 a; Welzel, Lehrbuch, § 16 II 3; Baumann, Lehrbuch, S. 585; Mezger-Blei, StuB AT § 89 I; Schönke-Schröder, § 49 RN 4; Kohlrausch-Lange, § 49 Anm. III

2) s. oben S. 16 f

3) vgl. Schwarz, Diss., S. 144; ähnlich auch Herzberg, Unterlassung, S. 116. Zur weitergehenden Frage, ob das "Fördern" im Sinne des § 49 notwendig auch kausal für den Taterfolg ist, vgl. unten S. 111

Die Handlungspflicht zur Verhinderung der fremden Straftat kann sich etwa aus der Garantenpflicht ergeben, ein fremdes Rechtsgut vor einer von dem Garanten zu beaufsichtigenden Gefahrenquelle zu sichern (1).
Entgegen der schon abgelehnten Lehre vom Einheitstäterbegriff des Unterlassenden (2) läßt also die gesetzliche Fassung der Beihilfevorschrift nicht den Schluß zu, daß ein Garant durch Unterlassen der gebotenen Handlung kein Garant zu einer fremden Straftat sein könne (3).

Bei den Verhaltenstatbeständen kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Der aufsichtspflichtige Garant, der pflichtwidrig nicht verhindert, daß der zu Beaufsichtigende den Verhaltenstatbestand erfüllt, hat diese Straftat "gefördert" (4). Die

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 74 ff
2) s. oben S. 5 ff
3) so die herrschende Meinung, vgl. Mezger-Blei, StuB AT § 89 I S. 288; Jescheck, Lehrbuch, S. 461 § 64 IV 5; Baumann, Lehrbuch S. 586 § 37 II 2 b; Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/13; Maurach AT S. 588 § 52 II A 2 a; Schönke-Schröder § 49 RN 1o; Kohlrausch-Lange § 49 Anm.II; Busch in LK § 49 RN 18; RGSt 71, 176,178; BGH NJW 1953, 1838; einschränkend H.Mayer, 1953, S. 324 fußend auf seiner Unterlassungslehre, die oben S. 31 ff behandelt wurde. Auch Herzberg (Unterlassung, S. 144), der den § 49 als selbständiges Bewirkungsdelikt begreift, anerkennt die Möglichkeit einer Beihilfe durch Unterlassen.
4) Diesen Fall der Aufsichtsverantwortung übersieht Storsberg (S. 1o6), wenn er feststellt, daß "die Untätigkeit des einen nicht durch die Untätigkeit des anderen gefördert werden" kann, und damit die Unterlassungsbeihilfe zu § 33o c generell ablehnt.

Frage jedoch, ob dieses Verhalten des Garanten nicht zumindest bei einem Teil der Verhaltenstatbestände die Merkmale der Täterschaft erfüllt, muß bis zur Untersuchung des Täterbegriffs der Unterlassungsdelikte zurückgestellt werden, denn dies kann nicht allein aus der Vereinbarkeit des Unterlassens mit der Beihilfevorschrift des § 49 abgeleitet werden (1).

(a) Die Lehre von der garantenpflichtlosen Beihilfe

Nach der bei weitem überwiegenden Meinung soll strafbare Beihilfe nur dann durch Unterlassen geleistet werden können, wenn es einer Garantenpflicht entgegensteht (2). Darüberhinaus will Roxin auch das Unterlassen von Handlungen, zu deren Vornahme der Unterlassende nicht aufgrund einer Garantenpflicht verpflichtet war, als Beihilfe ahnden, wenn der bereits gefaßte Handlungsentschluß angesichts einer drohenden Rechtsgutsverletzung zur Ermöglichung dieser Straftat aufgegeben wurde (3); denn dieses Unterlassen stelle sich seinem sozialen Sinne nach als förderndes Tun dar.
Anhand des inzwischen berühmten Attentat-Falles erläutert er seine Meinung:

> Auf einen Staatsmann wird ein Attentat geplant. Da sein Haus gut bewacht wird, wollen die Attentäter ihn durch das unbewachte Nachbarhaus erreichen. Der mit dem Staatsmann verfeindete Eigentümer dieses Hauses erfährt durch Zufall den Plan und wünscht, daß er gelingen möge. Damit die Verschwörer das Verbrechen leichter ausführen können, läßt er die Haustür, obwohl er sie sonst stets verriegelt, an dem Abend des geplanten Attentats unverschlossen. Der Plan gelingt.

---

1) vgl. unten S. 392 ff
2) s. oben S. 15 und 98 zu Anm. 2
3) Roxin, Täterschaft, S. 485 ff

Roxin will den Nachbarn als Gehilfen zum Mord bestraft wissen, da dieser zur Unterstützung der Straftat seinen Willen, die Tür wie an jedem Abend abzuschließen, aufgegeben hat. Er sieht sich durch den Sprachgebrauch und das Rechtsgefühl bestätigt, die das Verhalten des Nachbarn als Förderung des Attentats begreifen.

Gegen diese Lehrmeinung sind jedoch Bedenken anzumelden, denn weder läßt sich begründen, wie ein Unterlassender durch die bloße Aufgabe des Handlungswillens eine Straftat fördern kann, noch scheint dieses Merkmal geeignet, in sinnvoller Weise strafbares von straflosem Unterlassen zu scheiden.

Die Beihilfe verlangt eine objektive Förderung der Haupttat (1). Wie dies durch das Aufgeben des Handlungsentschlusses geschehen kann, ist nicht zu verstehen (2). Denn ein "Moment positiven Tuns" (3) liegt hierin ebensowenig wie im Fassen eines Unterlassungs- oder Handlungsentschlusses; es ist nur ein Vorgang, der sich im "subjektiven" Bereich des Willens abspielt. Die "gewisse Aktivität", die bei der Entschlußfassung und -aufgabe im Willen entwickelt wird, hat nichts mit Tun oder Unterlassen zu tun, sie könnte nur für den Förderungsversuch Bedeutung haben, hier jedoch ist sie irrelevant.

Auch der Vorteil der offenen Tür für das Attentat kann nichts über dessen Förderung durch das Verhalten des Nachbarn aussagen (4). Denn diese unverhofft günstige Situation für die Verschwörer sagt nichts über die Art, geschweige denn über die Strafbarkeit des zugrundeliegenden Verhaltens aus: Es kann eine Handlung, eine Unterlassung, ein absichtliches, ein unabsichtliches, ein erstmaliges oder ein übliches Verhalten sein (5); jedes denkbare Verhalten kann zu dieser Situation geführt haben. Die "Förderung"

---

1) s. Welzel, Lehrbuch, § 16 III 3; Schönke-Schröder, § 49 RN 4 m.w.N.
2) vgl. auch Herzberg, Unterlassung, S. 281 zu den Konsequenzen der Unterlassungsbeihilfe bei Aufgabe des Handlungsentschlusses
3) Lüderssen, S. 180
4) anders wohl Lüderssen S. 179/180
5) vgl. die Fallvarianten bei Roxin, Täterschaft, S. 486 f

kann als relativer Begriff (1) nur dem Vergleich zweier objektiver Verhaltenssituationen entnommen werden; der Wille ist dafür ebensowenig entscheidend wie die isolierte Bewertung einer Verhaltenswirkung.

Wie wenig das Merkmal der Aufgabe des Handlungsentschlusses dazu geeignet ist, strafbare Unterlassungsbeihilfe von straflosem Unterlassen zu trennen, soll mit Hilfe des folgenden Falles dargestellt werden:

> A entdeckt auf der Straße eine offensichtlich verlorene Geldbörse; als ehrlicher Bürger beschließt er, sie an sich zu nehmen und zum Fundbüro zu tragen. Er will gerade auf sie zugehen, als er sieht, wie der stadtbekannte Dieb D sich mit gierigen Augen und nach allen Seiten sichernd der Geldbörse nähert. Daraufhin läßt A von seinem Vorhaben ab und setzt seinen Weg ohne den vorgesehenen Umweg zur Geldbörse fort, um D nicht zu stören.

Hier würde man wohl nicht davon sprechen, daß A die Fundunterschlagung des D durch das Ablassen von seinem Handlungsplan gefördert habe; auch würde das Rechtsgefühl wohl nicht nach einer Bestrafung des A wegen Beihilfe zur Unterschlagung verlangen, weil sein Verhalten so sehr einer Beihilfe durch positives Tun - etwa durch Absicherung des Tatortes - ähnele. Erst recht kann kein die Strafbarkeit betreffender Unterschied zwischen diesem Fall und der Variante entdeckt werden, bei der A als träger Zeitgenosse sich erst gar nicht zum Entschluß aufgerafft hat, die Geldbörse an sich zu nehmen.
Die verschiedene Bewertung des Attentat- und des Geldbörsenfalles trotz gleichen Willensverhaltens drängt die Vermutung auf, daß die Aufgabe des Handlungsentschlusses wohl nicht das für die Strafbarkeit des Unterlassens im ersten Fall maßgebende Merkmal ist, und verlangt nach der Untersuchung, warum eine Bestrafung des Nachbarn angebracht zu sein scheint.

---

1) s. oben S. 97

Es springt sofort ins Auge, daß im Attentatfall ein schweres Verbrechen an einem wichtigen Rechtsgut begangen wird, während es im Geldbörsenfall nur um ein Vergehen und ein geringes Unrecht geht. Das Rechtsgefühl reagiert natürlich im ersten Fall viel empfindlicher auf jedes Verhalten, das irgendwie mit dem Tatgeschehen zu tun hat, als im zweiten Fall. Schon das Geschehenlassen und insbesondere der Entschluß, zur Unterstützung des Attentats den Handlungswillen aufzugeben, lassen die Person des Nachbarn besonders verwerflich erscheinen, zumal das Leben des Staatsmannes auf dem Spiel steht. Die niedere Gesinnung, die Rücksichtslosigkeit, die sich hierin offenbart, verlangt hier im Gegensatz zu dem unbedeutenden Geschehen um die Geldbörse nach einer Strafe.
Der Grund der Strafbarkeit kann jedoch nicht darin zu suchen sein, daß der Nachbar an dem Attentat teilgenommen hat, denn dann könnten die beiden Fälle nicht unterschiedlich behandelt werden. Auch liegt der Unrechtsgehalt nicht so sehr in der Mitverursachung der Haupttat (1), sondern vielmehr in dem verwerflichen, bösen Willen des Nachbarn. Das zeigt sich besonders daran, daß beim Attentatsfall die Bestrafung des Nachbarn nicht davon abhängig gemacht wird, daß die unterlassene Handlung den Erfolg tatsächlich abgewendet hätte; es soll vielmehr ausreichen, daß seine geplante Handlung die Straftat erschwert hätte (2). Dieser Verzicht auf die Erfolgsabwendungsmöglichkeit und damit auf die Mitverantwortung des Unterlassenden für den verbrecherischen Erfolg reißt diese Strafe aus dem Zusammenhang der Teilnahmelehre der Rechtsgutsdelikte heraus (3). Das was im Attentatsfall strafwürdig und im Geldbörsenfall noch nicht strafwürdig erscheint, die Rücksichtslosigkeit und das Fehlen derprimitiven Nächstenhilfe und Solidarität, entspricht dem Unrechtsgehalt des § 330 c. Und hier werden auch die beiden Fälle unterschiedlich behandelt: Während der Nachbar nach § 330 c strafbar ist und auch nach § 138 (4), bleibt der Unterlassende im Geldbörsenfall straffrei.

---

1) nach der h.M. der Strafgrund der Teilnahme, vgl. unten S. 121 f und Maurach, AT § 50 III D 2 mwN; Baumann, Lehrbuch, S. 587; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 100; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/79; Lüderssen S. 115 f
2) Roxin, Täterschaft, S. 487
3) vgl. unten S. 11o ff zur Unterlassung ohne Erfolgsmöglichkeit
4) Maurach, BT § 51 II A 1; Schönke-Schröder, § 330 c RN 7; Mösel in LK § 330 c RN 5, GBHSt 3, 65, 66

Das in der Aufgabe des Handlungsentschlusses unter bestimmten Umständen liegende Unrecht ist also von diesen Vorschriften entsprechend dem Rechtsgefühl erfaßt; es bedarf hier also nicht der Figur der Unterlassungsbeihilfe ohne Garantenstellung, denn es besteht keine Strafbarkeitslücke. Diese Lehre wäre hier sogar schädlich, denn die eindeutig durch die §§ 138, 330 c gezogenen Grenzen der Strafbarkeit würden durch sie verwischt.

Daß die Aufgabe des Handlungsentschlusses keine Beihilfe durch Unterlassen begründen kann, ergibt sich noch aus einer weiteren Überlegung: Wie soll dieser Vorgang bewertet werden, wenn keine Haupttat vorhanden ist, sondern nur eine auf die Rechtsgutsverletzung hinauslaufende Kausalkette ohne einen verantwortlichen Menschen? Ist der Unterlassende dann der Täter, oder ist er straflos, oder ist er etwa Gehilfe ohne Haupttat? Diese Erwägungen sollen durch eine Abwandlung des Attentat-Falles verdeutlicht werden (1).

> Obwohl in einem Mietshaus jede Wohnung abgeschlossen ist, schließt der ängstliche A immer gegen Abend die Haustür ab. Als er eines Tages aus dem Fenster schaut und feststellt, daß es für ihn nun wieder an der Zeit sei, die Tür zu verschließen, sieht er einen offensichtlich aus dem nahen Zoo ausgebrochenen Tiger die Straße entlangschnüren. A weiß, daß das uneheliche Kind einer befreundeten Familie im Hausflur spielt. Um die Familie von diesem "Schandfleck" zu befreien, beschließt er, nicht wie sonst um diese Zeit die Tür zu verriegeln, damit der Tiger das Kind, das er gleich entdecken wird, tötet. So geschieht es.

---

1) vgl. auch das Bürgersteig-Beispiel bei Herzberg, Unterlassung S. 260, aus dem sich ebenfalls die Unhaltbarkeit der Lehre der garantenpflichtfreien Beihilfe durch Unterlassen ergibt.

Hier hat A - wie der Nachbar im Attentatsfall - durch die Aufgabe des Handlungsentschlusses die Rechtsgutsverletzung in gleicher Weise "gefördert", nur fehlt die Haupttat, an die die Beihilfe sich anlehnen könnte. Nach fast einhelliger Ansicht kann A wegen fehlender Haupttat nicht Gehilfe zu einer Tötung sein (1).
Die neuerdings gegen dieses Akzessorietätsdogma vorgebrachten Bedenken (2) vermögen zumindest de lege lata nicht durchzuschlagen; denn der Gesetzgeber versteht die Teilnahme eben nicht als eine "weniger schwere" strafrechtliche Verantwortlichkeit (3), sondern als eine "nicht täterschaftliche", und er drückt dies deutlich im Gesetzeswortlaut aus.
Es bliebe also nur die Alternative zwischen Straflosigkeit (4) und Täterstrafe.
Der Lehre von der Beihilfe durch garantenpflichtfreies Unterlassen würde es wohl am ehesten entsprechen, wenn man im Tigerfall zu keiner Bestrafung wegen eines Rechtsgutsdeliktes kommen würde, denn tatbestandlich wird ja die Aufgabe des Handlungsentschlusses "zur Ermöglichung einer Straftat" gefordert (5). Dies ließe sich aber nur mit dem ausschließlich formalen Argument stützen, daß nach dem bestehenden Gesetz eine Beihilfe ohne eine Haupttat nicht möglich ist; materiell läßt sich diese Differenzierung zwischen dem Attentats- und dem Tigerfall nicht rechtfertigen, denn das objektive Verhalten ist in beiden Fällen gleich und auch der Willensvorgang unterscheidet sich nicht. Der einzige Grund für eine verschiedene Behandlung der Fälle besteht in der alleinigen Verantwortlichkeit des A für den Erfolg; aber gerade das führt normalerweise zur Täterstrafe, da die ganze Last des Vorwurfes den Alleinverantwortlichen trifft.
Würde man aber A als Täter bestrafen und den Nachbarn neben den Attentätern als Gehilfen,

---

1) vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 61 VII; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 78
2) Lüderssen, Strafgrund, S. 188 ff; Schwarz, Unterscheidung, S. 171; vgl. auch Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/83
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 31 zu Anm. 24 und unten S. 150 ff
4) d. h. keine Strafe wegen Totschlages; andere Strafvorschriften, insbes. § 330 c, bleiben unberührt
5) Roxin, Täterschaft, S. 487

so behandelte man die "garantenpflichtlose" Unterlassung genauso, wie die herrschende Meinung es für das Unterlassen des Garanten fordert (1); man muß dann also auch die Täterschaft ohne Garantenpflicht anerkennen - eine in dieser generellen Form wohl von niemandem befürwortete Konsequenz (2).

Ist also die Formel, daß ein Nichtgarant, der seinen bereits gefaßten Handlungsentschluß zur Ermöglichung einer Rechtsgutsverletzung aufgibt, aufgrund dieser Unterlassung Gehilfe zu der fremden Straftat sei, weder hinreichend zu begründen noch generalisierbar, so ist zu fragen, wie der von Roxin gebildete Attentat-Fall sonst zu behandeln ist: Der Sprachgebrauch und das Rechtsgefühl weisen nämlich auf eine strafrechtliche Relevanz dieses Verhaltens hin, wie Roxin nachgewiesen hat (3).

Es zeigt sich, daß die herkömmliche Lehre zur Lösung ausreicht: Dafür, daß der Nachbar nicht gegen das drohende Unheil einschritt, so wie es von jedem Bürger verlangt wird, ist er wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 330 c) und wegen Nichtanzeige des geplanten Verbrechens (§ 138) zu bestrafen (4). Die weitergehende Verantwortlichkeit wegen "Mitwirkung" an dem Totschlag kann nur in der besonderen Stellung des Nachbarn zum Tatgeschehen, die ihn zur Verhinderung des Verbrechens verpflichtet, begründet sein - also in einer Garantenstellung (5).

---

1) vgl. Gallas JZ 1960, 687; Kielwein GA 1955, 255 ff; z. T. ebenso Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 109
2) Täterschaft ohne Garantenpflicht wird dagegen für bestimmte Teilbereiche von H. Mayer (§ 1967, S. 81) und von Herzberg, Unterlassung, S. 56 ff, anerkannt, was nach dem oben Gesagten (S. 31 ff) bei Rechtsgutstatbeständen abzulehnen ist.
3) Roxin, Täterschaft, S. 486 f
4) s. Schönke-Schröder, Vorbem., § 1 RN 100, 146; Schwarz, Diss. S. 103 ff, vgl. bereits oben S. 28 ff

Das Garantenproblem kann hier natürlich nicht umfassend behandelt werden; soweit es für die Lösung des Attentats nötig ist, muß es jedoch gestreift werden.
Roxin lehnt mit Recht für diesen Fall die Garantenstellungen aus dem nachbarschaftlichen Verhältnis (1) und aus dem vorangegangenem Öffnen der Tür ab (2). Auch die recht umstrittene Garantenstellung des Wohnungsinhabers (3) kommt hier nicht in Betracht, da das Verbrechen nicht in dem "sozialen Herrschaftsbereich" des Nachbarn begangen wurde, sondern außerhalb dieses Bereiches. Wenn man diese Garantenstellung auch noch so großzügig faßt, mit Sicherheit entsteht die Pflicht nicht schon dann, wenn nur der Zugang zum Verbrechen durch den Herrschaftsbereich des Wohnungsinhabers erfolgt, denn das Hausrecht, einen anderen an dem Betreten des geschützten Raumes zu hindern, kann nicht ohne weiteres in eine Hinderungspflicht umschlagen (4).

Man könnte weiter daran denken, eine Garantenpflicht aus der Herrschaftsmacht des Nachbarn über das Hausgrundstück, das die Attentäter auf ihrem Wege zum Staatsmann benutzten, abzuleiten. Die Begründung einer solchen Garantenpflicht verstößt jedoch gegen allgemeine Rechtsgedanken: Würde man jeden Eigentümer oder Besitzer einer Sache als Garanten für ein Rechtsgut behandeln, wenn die von ihm beherrschte Sache zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Rechtsgutes benutzt wird, so würde der Kreis der Garanten in unvertretbarer Weise erweitert (5). Schreitet etwa der Grundstückseigentümer nicht ein,

---

1) Es könnte allenfalls bestehen, wenn die Polizei, mit Rücksicht auf die guten Beziehungen des Staatsmannes zum Nachbarn oder auf dessen Loyalität vertrauend, den Schutz auf dieser Seite verringert. Vgl. unten S. 108.
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 486
3) dazu vgl. Böhm, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 68 f; Bärwinkel S. 144 f; Blei, H.Mayer-Festschrift, S. 132; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 128; gegen diese Garantenstellung Pfleiderer S. 131 f und Welp S. 251 f.
4) Soweit geht nicht einmal Böhm, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 68 f
5) vgl. BGHSt 16, 155, 158; anderer Ansicht ist Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 124, 125; auch Schünemann dürfte trotz der aktuellen Herrschaftsmacht nicht zu einer Garantenpflicht kommen, weil während dieses Zeitraumes kein sorgfaltswidriges Verhalten dem Nachbarn vorzuwerfen ist (S. 292 ff)

wenn ein Passant eine Latte aus einem Gartenzaun herausbricht und damit einen Dritten verprügeln will, so müßte man den Grundstückseigentümer als Garanten kraft Herrschaftsmacht über ein Tatmittel wegen Beteiligung an der Körperverletzung bestrafen; eine solche Ausweitung der Garantenverantwortlichkeit kann wohl kaum gutgeheißen werden.
Aus der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand läßt sich nur dann eine Garantenpflicht ableiten, wenn es sich um eine generell gefährliche Sache handelt und der Herrschaftsträger zur Abwendung der aus dieser Gefahrenquelle entstehenden Schadensursache verpflichtet ist (1). Diese Garantenpflicht beruht auf dem Gedanken der zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflicht - daß nämlich jeder, der eine Gefahrenquelle schafft, die notwendigen Schutzmaßnahmen für die Rechtsgüter Dritter zu treffen hat (2). Sie wäre also zu bejahen, wenn der Besitzer eines Hauses baufällige Mauern nicht abstützt oder nach einem Sturm keine Sicherung gegen herabfallende Dachpfannen anbringt. Der Durchgang durch ein Haus, um ein anderes Grundstück zu erreichen, ist keine typische Gefahrenquelle eines Hausgrundstücks, für das der Besitzer einzustehen hat; dem Nachbarn im Attentats-Fall kann somit keine Garantenpflicht wegen seiner Herrschaftsmacht über das Grundstück auferlegt werden (3).

Schließlich wäre noch an eine Garantenpflicht aus konstantem Vorverhalten zu denken, auf dessen Beibehaltung andere Rechtsgutsinhaber oder -schutzpersonen vertrauen. Diese noch recht ungesicherte Garantenpflicht setzt voraus, daß eine bestimmte Handlung ständig vorgenommen wird und Dritte im Hinblick auf den Schutz eines Rechtsgutes darauf vertrauen (4).

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 124 geht vom gleichen Ansatzpunkt aus; vgl. auch Henkel, MSchrKrim 1961, 184 f; Androulakis S. 180
2) RGZ 54, 55; BGHZ 9, 379; 37, 167; Larenz II § 66 II S. 406 mwN. Dieser Gedanke ist auch für die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun entscheidend, nämlich die Beschränkung auf generell gefährliches Vorverhalten, weil der Betroffene wegen der Gefährdungshaftung und der Verkehrsicherungspflicht für Schäden nach solchem Verhalten einzustehen hat; Im Ergebnis wie hier Welp S. 211; a.A. Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S.163 ff, 178 f und noch weitergehend Schünemann S. 316 ff
3) anders Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 124 a.E.; von dem zutreffenden Ausgangspunkt her überdehnt er jedoch die Garantenpflicht wegen der Herrschaft über eine Gefahrenquelle.
4) Blei, H.Mayer-Festschrift, S. 138

Da der Nachbar im Attentats- Fall "sonst stets" die Tür verschloß (1), ist das Merkmal des konstanten Vorverhaltens erfüllt. Dies allein genügt jedoch nicht, um die Fortsetzung des üblichen Tuns zur Pflicht werden zu lassen; das geschieht erst dann, wenn die Schutzperson des Rechtsgutes auch das ständig wiederholte Tun erwartet und darauf vertraut und deshalb den eigenen Schutz verringert. Dann nämlich ist der regelmäßig Handelnde durch dieses Tun in den Schutz des Rechtsgutes einbezogen, und er darf nicht unvorhergesehen mit dem Tun aufhören, wenn eine sonst abgewehrte Gefahr sich dadurch realisiert.
Ob dieses Merkmal im Attentats-Fall erfüllt ist, die Polizei also auf das allabendliche Verschließen der Haustür vertraute, ist in dem Sachverhalt nicht erwähnt, liegt jedoch nahe. Aus dem Vorgehen der Attentäter ergibt sich nämlich, daß der Schutz auf der Seite des Nachbarhauses weniger stark war als der auf den anderen Seiten des Grundstückes des Staatsmannes. Diese Verminderung des Schutzes kann nur darin begründet sein, daß die Polizisten auf dieser Seite mit einer geringeren Gefahr für den Staatsmann rechneten, weil das Nachbarhaus einen natürlichen Schutz bildet, wenn es nachts verschlossen ist und ein Außenstehender deshalb nur schwer in den Hinterhof gelangen kann. Ob sie nun positiv wußten, daß der Nachbar abends die Haustür verriegelte, oder ob sie von der Üblichkeit dieser Sicherung ausgingen: Nach dieser - naheliegenden - Interpretation des Falles verließen sie sich jedenfalls hierauf und verminderten deshalb auf dieser Seite ihre Aufmerksamkeit.
Vertrauten die Polizisten also im Attentats-Fall auf die Gewohnheit des Nachbarn - und sie durften dies auch wegen der Regelmäßigkeit und der Üblichkeit dieses Verhaltens -, so rückte der Nachbar in den Schutzring um den Staatsmann auf, weil andere Vorkehrungen seinetwegen vernachlässigt wurden. Aufgrund dieser besonderen Beziehung zum Rechtsgut, die der Garantenpflicht aus Übernahme ähnelt, aber gleich den sog. faktischen Verträgen im Zivilrecht nicht auf einer Übereinkunft sondern auf tatsächlichem, vertrauensgebendem Tun beruht, wird der Nachbar verpflichtet, die Schutzvorkehrungen, die er gewöhnlich vornimmt, auch bei der konkreten Gefahr zu treffen. Er ist also insofern Garant gegenüber dem Rechtsgut, als er für die Abwehr der bestimmten Gefahr verantwortlich ist, die durch

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 486; vgl. auch die zweite Fallvaraiante auf S. 487 oben, in der die Üblichkeit des Verhaltens als der entscheidende Faktor herausgestellt wird.

sein ständiges gleichartiges Tun verhindert werden kann (1).

Stimmt man dieser Darlegung einer Garantenstellung aus konstantem Vorverhalten nicht zu oder ist der Sachverhalt des Attentats-Falles anders zu interpretieren, so kann der Nachbar für die Teilnahme an der Rechtsgutsverletzung - abgesehen von den Verhaltenstatbeständen der §§ 138 und 330 c - nicht verantwortlich gemacht werden: Mit der Aufgabe des Handlungsentschlusses ist die Strafbarkeit nicht zu begründen (2), und andere Anknüpfungspunkte sind nicht ersichtlich. Aber selbst wenn man eine Verantwortlichkeit für die Rechtsgutsverletzungen begründen würde, liefe das auf eine strafrechtlich sanktionierte Handlungspflicht aufgrund objektiver Merkmale, also Garantenpflicht, hinaus.
Dies gilt auch dann, wenn der entgegen seinem konstanten Vorverhalten Unterlassende allein als Verantwortlicher für die Rechtsgutsverletzung in Betracht kommt. Ob er in beiden Fällen Täter ist oder ob er als Mitverantwortlicher Teilnehmer und als Alleinverantwortlicher Täter sein muß, bleibt der Untersuchung über die Abgrenzung des Unterlassens in Täterschaft und Teilnahme vorbehalten (3). Diese Frage entsprechend dem geläuterten Rechtsempfinden zu lösen, wird eine der Anforderungen an diese Beteiligungslehre und Prüfstein für die Abgrenzungskriterien sein.

Ein Grund dafür, daß Roxin den Attentatsfall nicht über die Garantenpflicht gelöst hat, mag darin liegen, daß nach seiner Lehre der unterlassende Garant immer Täter sein muß und - was unmittelbar damit zusammenhängt - daß der Garant gegenüber dem Rechtsgut eine Pflichtenstellung innehat, die zu einem Pflichtdelikte führen muß. Eine solch starke Pflicht hat der Nachbar gegenüber dem Leben des Staatsmannes nicht, und trotz der fakultativen Strafmilderung bei der Unterlassungstäterschaft (4) erscheint eine Verantwortlichkeit wegen Täterschaft zu schwerwiegend. Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe meint Roxin aber nur über den Weg des garantenpflichtfreien Unterlassenden erreichen zu können; dieser führt jedoch nicht zu gerechten und einleuchtenden Ergebnissen (5).

---

1) Das ist eine mittelbare Garantenstellung,; s. unten S. 295 f.
2) s. oben S. 100
3) s. unten S. 325 ff
4) Roxin, Täterschaft, S. 501 f
5) Lüderssen, Strafgrund, S. 180

(b) Die Lehre von der Unterlassungsbeihilfe ohne Erfolgsabwendungsmöglichkeit

"Für die Beihilfe durch tätiges Handeln ist nicht Tatbestandsmerkmal, daß die Gehilfentätigkeit für den strafrechtlichen Erfolg der Handlung des Haupttäters ursächlich ist; es reicht aus, daß sie die Handlung fördert oder erleichtert, die den Straftatbestand verwirklichen soll. Ebenso ist bei der Beihilfe durch Unterlassen nicht erforderlich, daß durch das pflichtgemäße Einschreiten die Tat unter allen Umständen verhindert werden kann; vielmehr genügt es, daß der Gehilfe in der Lage ist, ihre Vollendung durch seine Tätigkeit zu erschweren."

Aufgrund dieser Sätze des Reichsgerichtes (1) ist die sehr umstrittene Lehre entstanden, daß eine Beihilfe durch Unterlassen auch dann zu bejahen sei, wenn die unterlassene Handlung den tatbestandlichen Erfolg nicht hätte abwenden können (2).
Die scheinbar zwingende dogmatische Ableitung durch das Reichsgericht ist ein gutes Beispiel für die Fragwürdigkeit eines solchen Vorgehens: Wenn nicht die Voraussetzungen der Ableitung ganz genau erforscht sind und auch die Kongruenz der zu vergleichenden Erscheinungen nicht eindeutig festliegt, führt die praktische Folgerung aus einer dogmatischen Erkenntnis sehr leicht in die Irre. Dem Reichsgericht unterlaufen nämlich bei der Ableitung zwei Ungenauigkeiten, die zum falschen Ergebnis führen.

---

1) RGSt 71, 176, 179
2) so RGSt 73, 52, 54; BGH NJW 1953, 1883; OLG Hamm OGESt 2, 242, 244; v.Weber, Grundriß, S.72; Lüderssen S. 198 f; Woerner S. 28 f; Herzberg, Unterlassung S. 117 f; früher auch Schönke-Schröder 4. Auflage 1949, § 49 Anm. III 1; Frank § 49 Anm. I 2
dagegen: Grünwald GA 1959, S. 118 Anm. 21; Kaufmann, Dogmatik, S. 293; Roxin,Täterschaft, S. 489; Maurach, AT § 52 II A 2a; Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/13; Schönke-Schröder, § 49 RN 7; Busch in LK § 49 RN 19; unklar Kohlrausch-Lange § 49 Anm.III 2

Zunächst ist mit der herrschenden Lehre (1) der Meinung des Reichsgerichtes (2) und eines Teils der neueren Rechtsprechung (3) entgegenzutreten, die besagen, daß es Beihilfe durch positives Tun gäbe, welche zwar den Haupttäter fördere - wie das Gesetz es verlangt - aber für den Erfolg nicht ursächlich sei.
Nach der weitaus überwiegenden Ansicht ist nämlich die Kausalität anhand des konkreten Erfolges festzustellen (4). Ist die Verwirklichung eines Taterfolges durch den Beitrag eines Dritten gefördert worden, so beruht dieser konkrete Erfolg notwendig auf jenem Beitrag, selbst wenn der Erfolg auch ohne den Beitrag - eben auf andere Weise - herbeigeführt worden wäre (5). Beruht dagegen die Erfolgsherbeiführung nicht auf dem fremden Beitrag, weil etwa der Haupttäter das hingegebene Werkzeug nicht benutzt (6) oder nicht verwenden kann, sondern auf ganz andere Weise die Tat vollendet, so kann weder von einer Kausalität zwischen Beitrag und Erfolg noch von einer Förderung der Erfolgsherbeiführung und damit auch nicht von einer strafbaren Beihilfe gesprochen werden. Nur in diesem Fall wäre eine "nicht-kausale Beihilfe" denkbar.

---

1) Seebald GA 1969, 2o8 f; Class, Stock-Festschrift, S. 123; Samson S. 197 ff, 210; Welzel, Lehrbuch, § 16 III 3; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/149; Mezger, Lehrbuch, S. 412 f; Bockelmann DR 1941, 987 ff; Busch in LK § 49 RN 3; von Olshausen § 49 Anm. I; Kohlrausch-Lange § 49 Anm. III 1; Unklar Baumann, Lehrbuch, S. 586; Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2 c
2) besonders deutlich in RGSt 58, 113,114 f worauf RGSt 71, 176,178 verweist
3) BGH VRS 8, 199,2o1; OLG Hamburg JR 1953, 27; OLG Freiburg JZ 1951, 85 mit Anm. v.Weber; zustimmend Sauer, Strafrechtslehre, S. 223; Wegner S. 237; v. Weber, Grundriß, S. 72; neuerdings Salamon S. 118 f, 135 ff; Schaffstein, Honig-Festschrift, S. 179 ff; Herzberg, GA 1971, 5f
4) Engisch, Kausalität, S. 11 ff; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 57; kritisch neuerdings E.A. Wolff, Kausalität, S. 19 ff
5) Jescheck, Lehrbuch, § 46 IV 2; Kohlrausch-Lange § 49 Anm. III 1
6) Die Möglichkeit psychischer Beihilfe soll hier außer Betracht bleiben.

Da hier wegen fehlender Erfolgsherbeiführung die Bestrafung für vollendete Beihilfe nicht gerechtfertigt ist (1) und es sich bei den übrigen Fällen der Rechtsprechung in Wirklichkeit um kausale Beihilfe handelt (2), ist die Rechtsfigur der nichtkausalen Beihilfe schon bei den Begehungsdelikten abzulehnen.
Die Rechtsprechung kommt zu der fehlerhaften Ansicht, weil sie die Kausalität mit Hilfe der conditio-sine-qua-non-Formel zu bestimmen sucht und folglich jedes Verhalten als nicht kausal bezeichnet, bei dessen Ausbleiben der Erfolg doch eingetreten wäre (3). Damit wäre jeder ersetzbare oder vom Täter selbst vornehmbare Tatbeitrag eines Dritten nicht kausal, z.B. das Anreichen von Einbruchswerkzeugen, wenn der Haupttäter oder ein anderer Tatbeteiligter dies genauso könnte (4). Daß dieses Ergebnis unrichtig ist, leuchtet sofort ein (5), denn eine der vielen - wenn auch nicht entscheidenden - Ursachen für die Straftat ist tatsächlich diese Handreichung; auch auf ihr beruht der Einbruch, wenn auch nicht allein (6).
Die irrige Behauptung des Reichtsgerichtes, daß Beihilfe auch durch eine nicht kausale Handlung

---

1) Samson S. 56 ff, 2o4 f
2) Mezger, Lehrbuch, S. 412 f; Bockelmann DR 1941, 988; Busch in LK § 49 RN 3; vgl. auch Salamon S. 59 ff; Samson S. 56 ff, 75 ff; Seebald GA 1969, 2o9
3) Lackner-Maassen § 49 Anm.3; Vogler S. 296 f
4) Da Schaffstein (Honig-Festschrift, S. 174) die Ursächlichkeit im Sinne der Bedingungsformel versteht, muß er zwangsläufig zu dem Ergebnis gelangen, daß eine Beihilfe, diedie Chance der Haupttat verbessert, nicht notwendig kausal für den Taterfolg ist. Richtig kann nur sein, daß das Erfordernis der Gefahrerhöhung bei der Beihilfe kein die Kausalität ersetzendes Merkmal ist, sondern daß es allenfalls zusammen mit der Kausalität die objektive Zurechnung des Taterfolges begründen kann. Vgl. Honig, Frank-Festgabe I, S. 178 ff; Roxin, Honig-Festschrift, S. 135 ff, 139; und auch Samson S. 96 ff
5) Besonders deutlich wird dies im Vergleich zu dem Fall, daß der Haupttäter das gereichte Werkzeug nicht nimmt; weil auf der Handlung nicht der Erfolg beruht, ist sie nicht kausal: vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2c und oben S. 111 nach Anm.5
6) vgl. Class, Stock-Festschrift, S. 121 f "hintereinandergeschaltete Kausalfaktoren"; Salamon S. 58f "kausal für die konkrete Herbeiführung des Erfolges"

begangen werden könne, beruht also darauf, daß das Gericht sich allein an die Bedingungsformel hält, die jedoch nicht alle Kausalitätsfälle erfassen kann, sondern nur ein lückenhaftes Hilfsmittel zur Feststellung der Kausalität ist (1).

Da es eine strafwürdige "nicht-kausale Beihilfe" durch positives Tun nicht gibt, besteht auch keinerlei Anlaß, diese Rechtsfigur auf Unterlassungsdelikte zu übertragen.

Aber selbst wenn es richtig wäre, daß Beihilfe durch nicht-kausales Tun geleistet werden könnte, so dürfte daraus nicht gefolgert werden, daß das Unterlassen einer nur taterschwerenden Handlung trotz fehlender Erfolgsabwendungsmöglichkeit zur Beihilfe ausreicht. Die Elemente von Tun und Unterlassen weisen nämlich nicht solche Parallelen auf, daß man sie einfach in die folgende schematische Beziehung setzen könnte: Bei der Begehungsbeihilfe ist - nach dem Reichsgericht - keine Kausalität erforderlich, also auch bei der Unterlassungsbeihilfe nicht die "entsprechende" Erfolgsabwendungsmöglichkeit (2); weil dort die bloße Förderung der Haupttat genügt, reicht hier die Erschwerung der Haupttat durch die gebotene Handlung aus (3).

Hierbei wird übersehen, daß die Beihilfe eine auf den Erfolg der Haupttat (4) bezogene Beteiligung ist, was die an der Haupttat orientierte Strafe des Gehilfen deutlich zeigt (5).
Meint man nun, beim positiven Tun genüge für diese Erfolgsbezogenheit die Chancenverbesserung der Haupttat, weil hierin schon eine Mitwirkung zum Ausdruck komme, so fehlt aber bei dem Unterlassen einer bloßen Erschwerungsmöglichkeit jede Erfolgsbezogenheit, da weder das Unterlassen zu der Straftat beitrug, noch die Straftat von ihm abhing.

---

1) ebenso Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/149; Samson S.33; ähnlich Jescheck, Lehrbuch, § 64 IV 2c
2) s. Kohlrausch-Lange § 49 Anm. III 2; vgl. Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/13
3) so aber ausdrücklich Herzberg, Unterlassung, S.116
4) Bei den Tätigkeitsdelikten ist dies die tatbestandliche Vollendung.
5) h.A., anders Herzberg, Unterlassung, S. 115 und GA 1971, 2, der auch konsequent die Beihilfe durch Unterlassen bei bloßer Erschwerungsmöglichkeit der Hauttat bejaht (Unterlassung, S. 116 f)

Das Unterlassen der Straftaterschwerung empfängt den Unrechtsgehalt nicht von der Straftat her, die in jedem Falle begangen worden wäre, sondern sie enthält ein eigenes Verhaltensunrecht, das freilich nicht strafrechtlich sanktioniert ist (1). Dieses Unrecht erschöpft sich im Nichterschweren der Straftat, da die Erfolgsabwendung ja nicht gefordert wird. Entgegen Grünwald (2) wäre es schon denkbar, daß der Gesetzgeber ähnlich § 138 eine "Verbrechensbehinderungspflicht" normieren würde, bei der es auf den Erfolg nicht ankommt - aber es wäre dann eben kein Teilnahmetatbestand, sondern ein eigenständiges Verhaltensdelikt. Ein solches Verhaltensdelikt aber existiert nicht.

Schließlich ist auch das Merkmal, das "entsprechend" dem positiven Tun beim Unterlassen die nicht-kausale Beihilfe begründen soll, jenem keineswegs gleichwertig und die dargelegte Parallele auch aus diesem Grunde unrichtig. Die "unterlassene Taterschwerung" entspricht nämlich begrifflich nicht dem "fördernden, die Erfolgschance der Haupttat bzw. die Gefahr für das Rechtsgut erhöhenden Tun", sondern der "Taterleichterung" durch positives Tun. Eine Beteiligung, die dem Haupttäter lediglich die Tatbegehung erleichtert, wird jedoch auch dann, wenn man die Lehre von der nicht-kausalen Beihilfe sonst befürwortet, nicht als beihilfebegründend angesehen (3). Wenn man jener Parallele also überhaupt Bedeutung beimessen will, dann allein nur diese: Sie zeigt, daß die unterlassene Taterschwerung wie das die Straftat erleichternde Tun unterhalb der Schwelle eines strafwürdigen

---

1) Würde man mit Schaffstein (Honig-Festschrift, S. 197) und Salamon (S. 136 f) anstelle des Kausalitätserfordernisses allein die Risikoerhöhung für das angegriffene Rechtsgut als beihilfebegründend genügen lassen, so müßte man die Beihilfevorschrift konsequent als Gefährdungstatbestand begreifen; Jescheck, Lehrbuch, § 64 Anm. 26a; Samson S. 71 ff

2) Grünwald GA 1959, 118 Anm. 21

3) Schaffstein, Honig-Festschrift, S. 182; auch Vogler S. 309 f; nach der oben skizzierten Auffassung wäre ein solches Verhalten zwar kausal, aber wegen fehlender Gefahrenerhöhung nicht strafwürdig. Herzberg (Unterlassung, S. 118) will zwar das "völlig sinnlose" Nichterschweren als nicht von § 49 erfaßtes Verhalten ausscheiden; doch auch das übrige Verhalten wird, wenn es tatsächlich den Erfolg nicht verhindern kann, als objektive Gefahrerhöhung nicht bezeichnet werden können.

Teilnahmeverhaltens liegt; dies hat Kaufmann mit seinen "grotesken" Beispielsfällen taterleichternden Unterlassens eindeutig belegt (1).

Aus den Einwänden gegen die dogmatische Ableitung der Lehre von der Unterlassungsbeihilfe trotz fehlender Erfolgsabwendungsmöglichkeit ergeben sich auch hier die materiellen Argumente gegen diese Lehre: Die für die objektive Zurechnung erforderliche gesetzmäßige Beziehung zwischen Handlung und Erfolg liegt beim positiven Tun schon dann vor, wenn die Handlung eine - nicht aber unbedingt die entscheidende - der Ursachen ist, auf denen der Erfolg beruht. Da zwischen einer Unterlassung und einem Erfolg keine reale Verbindung besteht, die den Erfolg auf die Unterlassung bezieht, insbesondere der Erfolg nicht auf ihr "beruhen" kann - weil das Unterlassen sich gerade dadurch auszeichnet, daß ein auf den Erfolg sich beziehendes Tun eben nicht vorliegt -, kann dem Unterlassenden der Erfolg nur dann objektiv zugerechnet werden, wenn er bei der Vornahme der gebotenen Handlung nicht in der konkreten Weise eingetreten wäre; andernfalls kann der Erfolg ihm nicht angelastet werden, weil er ja nicht daran "beteiligt" war (2).

Es wird also mit Recht die Erfolgsabwendungsmöglichkeit als Strafbarkeitsvoraussetzung für die Unterlassung verlangt (3), denn erst durch sie wird die für die objektive Erfolgszurechnung erforderliche gesetzmäßige Beziehung zwischen dem Unterlassenden und dem Erfolg hergestellt. Für die Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen kann nichts anderes gelten (4).

---

1) Kaufmann, Dogmatik, S. 293; Herzberg (Unterlassung, S. 117 f) will zwar "schlechthin aussichts- und sinnlos erscheinende" Erschwerungshandlungen nicht fordern, doch bleibt der Vorwurf, daß jedes lediglich erschwerende Verhalten letzlich aussichtslos ist, bestehen.
2) Trotz seines Verzichts auf das Kausalitätsdogma müßte auch Vogler der hier vertretenen Ansicht folgen, weil er eine objektive Beziehung zum Erfolg verlangt (S. 309) und weil bei einer bloßen Erschwerungsmöglichkeit keine konkrete Gefährdung für das Rechtsgut vorliegt (S. 307 ff).
3) So Jescheck, Lehrbuch, § 59 III 2,3; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 141 mwN.
4) zumal wenn ein Unterschied in der objektiven Zurechnung zwischen der Beihilfe und der Täterschaft nicht bestehen soll, vgl. Bockelmann DR 1941, 988

(2) Die Anstiftung

In § 48 wird die Anstiftung als ein Verhalten gekennzeichnet, das mit Hilfe verschiedener Mittel einen anderen zur Begehung einer Straftat bestimmt (1). Wenn es eine Anstiftung durch Unterlassen gibt, muß zunächst einmal das vom Gesetzestext festgelegte Verhaltensbild durch Unterlassen erfüllt werden können.

(a) Der Gesetzeswortlaut des § 48

Auf die Fassung des § 48 beruft sich sowohl die Meinung, die die Anstiftung durch Unterlassen für möglich hält (2), als auch die, die sie ablehnt (3); und tatsächlich läßt sich diese Streitfrage aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entscheiden.

Für den Ausschluß der Unterlassung als möglicher Verhaltensart spricht nämlich einmal die Aufzählung der Anstiftungsmittel in der gegenwärtigen Gesetzesfassung. Sie ist zwar ausdrücklich nicht abschließend, sondern nur beispielhaft, doch setzen alle genannten Mittel ein positives Tun voraus, und darin könnte eine typmäßige Festlegung auf das Tun liegen.

---

1) § 26 des 2. StrRG stimmt inhaltlich mit § 48 StGB überein; die in der neuen Fassung des Anstiftungstatbestandes nicht mehr aufgenommenen Anstiftungsmittel der gegenwärtigen Formulierung sind nur beispielhaft aufgezählt, sodaß ihr Fortfall keine inhaltliche Änderung bedeutet.

2) v.Zahn GS 69,32; Merkel, Frank-Festgabe, S.149; Loewenheim S. 33; Lubberger S. 105; Herzberg, Unterl, S.126; M.E.Mayer S.392 Anm.1; Maurach AT §51 II A2; Schmidhäuser, Lehrb.,17/11; Frank § 48 Anm.II 1; Busch in LK § 48 RN 14

3) Grünwald GA 1959,122; Kaufmann, Dogm.,S.292; Gallas JZ 1960, 687 Anm.64; Woerner S.76; Roxin,Tätersch.,S.484; H.Mayer,1953,S.321; Baumann, Lehrbuch, S.574 und JuS 1963, 130; Jescheck, Lehrb.,§64 III 6; Schönke-Schröder, § 48 RN 5

Weiterhin hat der Gesetzgeber für die Verhaltensbeschreibung sowohl in der gegenwärtig gültigen Vorschrift des § 48 als auch in § 26 des 2. StrRG den Ausdruck "Bestimmen" gewählt.
Dies wird allgemein als "Hervorrufen des Tatentschlusses" (1) verstanden. Daß sich hierdurch die gegen das Unterlassen gerichtete Lehre bestätigt fühlen kann, ist nicht von der Hand zu weisen, denn "hervorgerufen" werden kann etwas nur durch positives Tun; in diesem aktiven Sinne kann das Unterlassen nichts bewirken (2). Folglich wird meist mit diesem Hinweis eine Anstiftung durch Unterlassen als "rechtlich unmöglich" bezeichnet (3).
Hiergegen läßt sich natürlich einwenden, daß das Gesetz nur vom "Bestimmen" des Haupttäters spricht, dieses Wort aber nicht unbedingt wie die Formulierung "Hervorrufen des Tatentschlusses" die natürliche Kausalität verlangt (4). Der Grund dafür, daß das Gesetz das "Verursachen des Tatentschlusses" nicht als Anstiftungsverhalten kennzeichnet, sondern das Wort "Bestimmen" verwendet, kann vielmehr im Gegensatz zu einer äußeren Kausalkette auf einen Vorgang hinweisen, der die Verhaltensentscheidung des Haupttäters beeinflußt, also auf die Psyche

---

1) s. Schönke-Schröder, § 48 RN 3; Schwarz-Dreher, § 48 Anm. 1 A; Busch in LK § 48 RN 1; Maurach, AT § 51 II B4; Baumann, Lehrbuch, S. 571; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/137; Mezger-Blei, StuB AT § 88 I
2) s. oben S. 40 f. Loewenheim S. 35 ist daher ungenau in seiner Wortwahl
3) Jescheck, Lehrbuch, § 64 III; vgl. auch Gründwald GA 1959, 122; Roxin, Täterschaft, S. 484 zu Anm. 16; Baumann, Lehrbuch, S. 574 und JuS 1963, 130
4) vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 122

des Angestifteten wirkt, ohne daß eine reale Kausalität vorliegen muß (1). Daß diese "psychische Kausalität" (2) wie jede andere Kausalkette auf ein Unterlassen als der conditio sine qua non zurückgehen kann (3), soll an einem Fall gezeigt werden (4).

> Ein Gefängnisdirektor klagt schon seit längerem über mangelhafte Sicherheitsmaßnahmen in seinem Gefängnis. Eines Tages sieht er eine günstige Gelegenheit, um auf die Mißstände in seiner Anstalt aufmerksam zu machen. Der Staatsanwalt, der an der Ergreifung und Bestrafung des Gefangenen G maßgeblich beteiligt war, erscheint zu einer Gefangenenbefragung im Gefängnis. Der Direktor weiß, daß der gewalttätige G geschworen hat, sich an dem Staatsanwalt zu rächen. E unternimmt nichts, als er erfährt, daß der Staatsanwalt gerade in dem Flur tätig sein will, in dem G mit seiner Arbeit beschäftigt ist; er weiß, daß sich G sofort auf S stürzen wird, wenn er ihn sieht, und er wünscht es auch. So geschieht es.

Dadurch, daß der Direktor nicht, wie es seiner Pflicht entspricht, die günstige Gelegenheit für G verhindert, den Staatsanwalt anzugreifen, hat er den Tatentschluß in G im juristischen Sinne verursacht, denn das Unterlassen ist hierfür eine condition sine qua non (5).

---

1) v.Zahn GS 69, 3o ff spricht von "motivieren"; Merkel, Frank-Festschrift II, S. 149; Rutkowsky NJW 1952,6o8; Woerner S. 76; H.Mayer, 1953, S. 321; Welzel, Lehrbuch § 16 II; Kohlrausch-Lange § 48 Anm.VI; einschränkend Loewenheim S. 3o
2) Rutkowsky (NJW 1952,6o8) übersieht bei seiner Behauptung, daß die Anstiftung den einzigen Fall der "psychischen Kausalität" darstellt, die Möglichkeit der psychischen Beihilfe.
3) Loewenheim S. 36/37; v.Zahn GS 69, 32; Merkel, Frank-Festschrift, S. 149 ; und s. oben S. 41 f
4) vgl. auch die Beispiele bei Loewenheim, S. 35 f
5) s. oben S. 41 und 44

Entgegen H. Mayer (1) kann der Haupttäter das "anstiftende" Unterlassen auch wahrnehmen, nämlich dann, wenn die unterlassene Handlung als die übliche erwartet wurde (2). Im oben geschilderten Fall könnte dies dann möglich sein, wenn beim Besuch des Staatsanwalts sonst immer die Gänge auf persönliche Anordnung des Direktors hin geräumt wurden und der Gefangene wußte, daß sein Aufenthalt auf dem Gang dem Direktor bekannt und der Staatsanwalt auch diesem verhaßt war (3).

---

1) H.Mayer, 1953, S. 321; auch Rutkowsky NJW 1952, S. 608

2) Bei einem Teil solcher Fälle kommt Loewenheim zum gleichen Ergebnis, er vermengt diese Frage aber irrig mit dem Problem des "beredten Schweigens", Loewenheim, S. 42 und die folgende Fußnote.

3) Entgegen Loewenheim (S. 11 ff) hat das Problem des beredten Schweigens nichts mit der Anstiftung durch Unterlassen zu tun.
Denn einmal besteht die strafrechtliche Bedeutung des Unterlassens nicht in der Untätigkeit der Körperruhe, dem Schweigen - wie auch Böhm, Rechtspflicht zum Handeln, S. 18 ff (s. unten S. 423) annimmt -, sondern in der Nichtvornahme einer bestimmten Handlung. Ob der Verdächtige also etwas gesagt oder ob er geschwiegen hat, ist bei der Beurteilung des Unterlassens unerheblich; entscheidend ist nur, ob er eine Handlung unterlassen hat, zu deren Vornahme er verpflichtet war.
Zum anderen ist bei der Anstiftung nicht wichtig, ob die tatverdächtige Person eine Willenserklärung durch Schweigen abgegeben hat, was eine Frage des Rechtsscheins ist (s. § 151 BGB; Palandt Einf. vor § 116 Anm.1; Fabrizius JuS 1966, 1ff, 3 f), sondern ob sie für den Erfolg des Tatentschlusses beim Haupttäter verantwortlich ist, weil jene tatverdächtige Person eine gebotene Handlung unterlassen hat. Nur in solchen Fällen, in denen tatbestandlich keine Erfolgsverursachung, sondern eine bloße Meinungsäußerung gefordert wird (z.B. in § 185), kann die Auslegung ergeben, daß das geforderte Verhalten auch durch "konkludentes Schweigen" erfüllt werden kann. Das tatbestandliche Unrecht ist dann als Verhaltensunrecht - ohne das Erfordernis einer Garantenpflicht - eben durch das konkludente Schweigen verwirklicht; denn dieses "tatsächliche Verhalten" wird rechtlich als positives Tun behandelt,

Berücksichtigt man noch, daß der Gesetzgeber allgemein zu einer auf positives Tun bezogenen Wortwahl neigt, auch dort, wo eindeutig Tun und Unterlassen erfaßt werden sollen (1), so kann weder aus dem in dem Wort "Bestimmen" enthaltenen Moment positiven Tuns noch aus dem Charakter der aufgezählten Anstiftungsmittel der Ausschluß des Unterlassens als zwingend gefolgert werden (2).
Und so gelangt auch die die Anstiftung durch Unterlassen befürwortende Lehre zu dem Ergebnis, daß der Wortlaut des § 48 nur zwei hintereinandergeschaltete Kausalketten verlange, deren erste zum Verbrechensentschluß und deren zweite zur Straftat führe (3).

(b) Der Strafgrund des § 48

Die gesetzliche Beschreibung der Anstiftung und ihre Auslegung geben also nichts für die Entscheidung dieses Streites her. Der ausschlaggebende Anknüpfungspunkt ist vielmehr die gesetzgeberische Entscheidung, den Anstifter im Gegensatz zum Gehilfen

---

das von einer Garantenpflicht nicht abhängig ist (vgl. unten S.422 A.1). Vgl. dazu Schünmann S. 368; Herzberg, Unterlassung, S. 78, 279; Engisch, Gallas-Festschrift, S. 172. Die gleiche Auslegungsfrage entsteht auch bei der Frage des "Ausübens des Beischlafes" bei völliger Passivität in § 173, vgl. dazu oben S. 55.
Die Probleme des "beredten Schweigens" und der Anstiftung durch Unterlassen gehen also aneinander vorbei.

1) z.B. § 1 "Handlung", § 2 "Begehung der Tat" iGz. § 3 Abs. 3; vgl. oben S. 73
2) vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 12o ff
3) ausdrücklich Loewenheim, Anstiftung, S. 34; dem Sinne nach auch Busch in LK § 48 RN 4; Maurach, AT § 51 II A; Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/11

wie den Täter zu bestrafen (§ 48 Abs.2; § 26 des 2. StrRG).
Diese Gleichstellung des Anstifters mit dem Täter oder - wie man es auch sehen kann - das deutliche Absetzen der Anstiftung von der Beihilfe muß ihren Grund darin haben, daß die Anstiftung gegenüber der Beihilfe ein besonderes Unrecht enthält, welches dieser Teilnahmeform das Gewicht der Täterschaft verleiht.
Bevor untersucht werden kann, worin dieses eigene Unrechtsmerkmal der Anstiftung besteht, ist zuerst einmal festzustellen, was allgemein die Strafwürdigkeit der Teilnahme ausmacht. Dies wird von zwei Theorien verschieden beantwortet.
Nach der "Korruptionstheorie" (1) ist der Täter das Angriffsobjekt des Teilnehmers; der Teilnehmer wird also dafür bestraft, daß er den Täter in den Zustand der Rechtsfeindlichkeit gebracht bzw. ihn dabei unterstützt hat. Nach der "Verursachungstheorie" (2) verwirklicht der Teilnehmer den gleichen Erfolg wie der Täter, nämlich die in dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches beschriebene Straftat; seine Mitwirkung an der Straftat ist jedoch entfernter (3) als die des Täters und sein Unrecht deshalb geringer.

---

1) Über ihre Entwicklung vgl. Lange, Notwendige Teilnahme, S. 36 ff; vgl. auch Schaffstein ZStW 57, 323; Kohlrausch, Bumke-Festschrift, S. 48; Stratenwerth MDR 1953, 720; Lesc ZStW 69, 47; H.Mayer, 1953, S. 319; derselbe 1967 S. 155
2) h.M., vgl. Lange, Notwendige Teilnahme, S. 59; Heinitz, Berliner Festsc rift, S. 101; Bockelmann, Untersuchungen, S. 95; Esser GA 1958, 321 ff; Baumann, Lehrbuch, S. 565; deselbe JuS 1963, 12 ; Maurach, At § 50 III D 2; Jescheck, Lehrbuch, § 64 I 2; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/82; Schönke-Schröder Vorbem. § 47 RN 100
3) eingehender hierzu unten S. 142 ff

Die ältere Variante der Korruptionstheorie, nach der der Teilnehmer den Täter in Schuld und Strafe geführt bzw. ihn darin unterstützt hat - die "Schuldteilnahmetheorie" - ist heute nicht mehr haltbar, weil seit der Einführung der limitierten Akzessorietät im Jahre 1943 nach § 5o Abs.1 die Teilnahme auch an einer schuldlosen Haupttat möglich ist - sie wird heute auch durchweg abgelehnt (1).
Gerade auf dem Unrechtsgehalt der Anstiftung will Less neuerdings den Korruptionsgedanken in Gestalt der Unrechtsteilnahmetheorie wiederbeleben (2). Danach soll der Unrechtsgehalt der Anstiftung neben der Verursachung der Straftat auch darin bestehen, daß der Täter in Unrecht verstrickt und dadurch "seine soziale Integrität beeinträchtigt" (3) wird. Dies sei keine besondere Art der Mitwirkung am Unrecht der Haupttat, sondern ein eigenes Unrecht, nämlich die Verletzung im Grundgesetz garantierter Rechte der Persönlichkeit auf Achtung und freie Entfaltung (4).
Auch dies kann nicht überzeugen (5). Zunächst kann nämlich das von Less herangezogene Persönlichkeitsrecht durch die Anstiftung nicht verletzt werden, denn der Anstifter bietet dem Täter nur eine

---

1) Über weitere Einwände gegen diese Theorie vgl. vor allem Lange, Notwendige Teilnahme, S. 41 ff; ablehnend auch Roxin, Täterschaft, S. 272; Jescheck, Lehrbuch, § 64 I 1; Bockelmann, Untersuchung, S. 91 ff; Welzel, Lehrbuch, § 16 I 3; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/81; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 Rn 1oo; BGHSt 4, 355, 358; anders noch H.Mayer, 1953, S. 319 f und 1967, S. 155
2) Less ZStW 69, 43 ff; ähnlich schon Stratenwerth MDR 1953, 72o
3) Less ZStW 69, 47
4) Less ZStW 69, 52
5) vgl. die Kritiken von Franzheim S. 55 und Lüderssen S. 52 ff; auch Schroeder, Täter hinter dem Täter, S. 2o6 ff, 215

Entscheidungsmöglichkeit an; den in das Unrecht führenden Verbrechensentschluß faßt der Täter selbst. Bei der mittelbaren Täterschaft, wo das Werkzeug blind in das Unrecht gerät, könnte man von einem "Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit" (1) sprechen. Hier wird dem Täter jedoch nicht die Entscheidungsfreiheit genommen, sondern er entschließt sich selbst und frei zum Unrecht (2).

Aber auch wenn man hiervon absieht und folglich auf eine nähere Beschreibung des Korruptionsunrechtes verzichtet, kann der Nachweis nicht geführt werden, daß ein solches Unrecht in § 48 enthalten sei. Denn bei einem eigenständigen Unrechtsgehalt müßte die Anstiftungsvorschrift im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches geregelt sein (3), weil neben den Straftatbeständen ein selbständiges, neues Verhaltensunrecht geschaffen würde - nämlich das der Korruption eines anderen zu einer Straftat. Wenn das schon nicht geschehen ist, so läßt sich aber auch nicht der geringste Anhaltspunkt in § 48 finden, daß durch diese Norm - auch - die "soziale Integrität" des Täters gegenüber dem Anstifter geschützt sein soll: Weder läßt sich eine Differenzierung des § 48 nach der Intensität der Beeinflussung oder nach der Schutzbedürftigkeit des Täters gegen solche Einwirkungen finden (4), noch wird die Korrumpierung bei der Strafdrohung irgendwie erkennbar berücksichtigt; es wird dagegen ausschließlich das Unrecht der Haupttat für die Anstiftung herangezogen.

---

1) Less ZStW 69, 52
2) gegen diese Differenzierung Less ZStW 69, 50; wie hier Schroeder, Täter hinter dem Täter, S.216
3) Franzheim S. 55; Lüderssen S. 54 f; auch Gallas, Gutachten, S. 147
4) Ähnlich Lüderssen S. 57

Mit der herrschenden Lehre kann also keine Basis für die Korrumpierungstheorie gefunden werden; als Strafgrund der Teilnahme bleibt somit allein die Mitwirkung des Teilnehmers an der Haupttat.

Es muß nun noch die Frage untersucht werden, wie auf dem Boden dieser Verursachungstheorie die Strafschärfung bei der Anstiftung gegenüber der Beihilfe erklärt werden kann.
Einige Autoren sehen in der besonderen Gefährlichkeit des Anstifters den Grund für die Androhung der Täterstrafe in § 48 Abs.2. Lüderssen faßt die Gefährlichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Anstiftung auf und verlangt demgemäß eine konkrete Prüfung, welchen Grad von Wahrscheinlichkeit die Anstiftung im einzelnen Fall aus dem ex-ante-Standpunkt hatte (1).
Sieht man einmal davon ab, daß in § 48 kein Anhaltspunkt für eine solche einschränkende Auslegung zu finden ist, so ist diese Ansicht deshalb zu verwerfen, weil hiernach die Behandlung einer weniger wahrscheinlichen und deshalb ungefährlichen Anstiftung einer gesetzlichen Regelung entbehrt: Soll sie als "nicht-tatbestandsmäßige" Anstiftung straffrei bleiben, oder soll sie als Beihilfe bestraft werden? (2).
In nicht geringere Schwierigkeiten gerät diese Lehre dann, wenn eine Anstiftung mit einer noch gefährlicheren Beihilfe konkurriert.

---

1) Lüderssen S. 59
2) Das letztere würde nach der hier vertretenen Auffassung, daß § 49 der allgemeine Teilnahmetatbestand ist, näherliegen. Siehe dazu oben S. 95.

A hat den C zum Überfall auf eine Sparkasse überredet, indem er ihm die Pläne für die Alarmanlage, die Kombination für die Tresorschlösser und viele andere Einzelheiten verraten hat. Dieser Plan ist aber wertlos, weil erst kürzlich die Alarmanlage geändert wurde. Das hat B erfahren und gibt diese Information an C weiter, mit dem Rat, das Telefonkabel zu der Polizeistation zu kappen und damit den Alarm zu verhindern.

Nach geltendem Recht könnte der Gehilfe B allenfalls die gleiche Strafe wie der Anstifter A erhalten, obwohl sein Verhalten "gefährlicher" für das Rechtsgut war als das des Anstifters; nach dem künftigen § 27 des 2. StrRG (1) müßte er sogar geringer bestraft werden. Auch das deutet darauf hin, daß der Strafschärfung in § 48 nicht eine gesteigerte Gefährlichkeit des Anstifters zugrundeliegt.

Ansprechender erscheint demgegenüber Franzheims Begründung für die erhöhte Strafdrohung in § 48, daß nämlich die Anstiftung oft gefährlicher für die Rechtsordnung sei als die Täterschaft, weil die Skrupel für den nicht selbst Handelnden geringer und deshalb leichter zu überwinden seien; diese Gefährlichkeit gleiche das minus gegenüber der Täterschaft generell aus (2).
Dem ist wohl zuzustimmen, denn gerade im Zusammenhang mit solchen Personen, die nicht ständig Straftaten begehen und deshalb noch nicht gegen Skrupel abgestumpft sind, bedeutet das Auftreten des Anstifters eine besondere Gefahr für die Rechtsordnung, da die natürlichen Hemmungen gegenüber dem

---

1) vgl. auch § 31 Abs.2 E 1962 und oben S. 3 Anm.5
2) Franzheim S. 57; ähnlich Sauer S. 177

Verbrechensentschluß und seiner Ausführung geteilt werden und es so eher zu einer Straftat kommt: Der Anstifter kann also den Verbrechensentschluß leichter fassen und entsprechend auf den späteren Täter einwirken, weil er die Tat nicht selber auszuführen braucht; auf der anderen Seite wird dem Täter durch das Auftreten des Anstifters die Tat erleichtert, weil er den Schritt in das Unrecht, an dem ihn natürliche Skrupel hindern, nicht allein zu tun braucht, sondern der Anstifter durch seinen Verbrechensentschluß ihm dabei vorangeht.
Nicht jede Anstiftung enthält diese Gefährlichkeit, denn in Fällen eines skrupellosen Täters oder eines auch selbst zur Straftat bereiten Anstifters wird durch die Anstiftung die Gefahr für die Rechtsordnung nicht mehr vergrößert als durch jede andere Teilnahme.

Daß das Gesetz nicht auf diese Differenzierung eingeht, würde zwar nicht den Vorwurf eines "Täterstrafrechts" rechtfertigen, den Lüderssen erhebt (1); denn das Gesetz knüpft seine Strafdrohung in § 48 nicht an einen vorgegebenen Anstiftertyp, sondern an die dort beschriebenen Tatmerkmale, aus denen sich eben eine besondere Gefährlichkeit ergeben könnte. Außerdem muß der Gesetzgeber durchaus nicht jeden Unterschied in der Strafwürdigkeit durch Aufstellung verschiedener Strafrahmen berücksichtigen, sondern kann die übliche Gefährlichkeit eines Verhaltens als generellen Strafgrund einer Vorschrift zugrundelegen (2). Wenn aber die generelle besondere Gefährlichkeit des Anstifters für die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches geschützten Rechtsgüter

---

1) Lüderssen S. 59
2) vgl. Esser GA 1958, 325; Zimmerl ZStW 54, 581

tatsächlich der Grund für die erhöhte Strafdrohung bei der Anstiftung wäre, so müßte dem Gesetzgeber doch das Fehlen einer Differenzierung für die weniger gefährlichen Fälle der Anstiftung als eine vermeidbare Ungenauigkeit vorgeworfen werden.
So wird auch gerade im Hinblick auf diesen Strafgrund vielfach die Strafmilderungsmöglichkeit entsprechend dem § 49 Abs. 2 für § 48 gefordert (1). Außerdem läge immer dann, wenn der Anstifter nicht besonders gefährlich für das Rechtsgut war, ein Verstoß gegen den Grundsatz vor, daß die Strafe nicht das tatsächlich begangene Unrecht überschreiten darf (2). Dem Gesetz müßte also nicht nur im Vergleich zur Strafrahmendifferenzierung bei der Beihilfe gemäß dem gegenwärtig geltenden Recht der Vorwurf der Inkonsequenz gemacht werden, sondern es wäre auch die - wenn auch geringe - Verletzung eines Grundsatzes des modernen Strafrechts zu beanstanden.

Den richtigen Weg weist Esser, wenn er feststellt, daß der Anstiftung unter allen Tatbeiträgen eine besondere Bedeutung zukommt, weil der Anstifter "dem späteren Täter einmal, wenn auch vielleicht nur einen Augenblick, als Herr und Meister gegenübertritt" (3).
Das bedeutet nicht, daß der Anstifter eine Tatherrschaft in irgendeiner Form besitzt. Das Bild muß dahin verstanden werden, daß der Anstifter der "geistige Urheber" (4), der "Initiator" (5) der

---

1) vgl. Schroeder, Täter hinter dem Täter, S. 215; Roxin ZStW 78, 235; Schmidhäuser, Lehrbuch, 2o/43; AE § 28 Abs.2 und Begründung S.69; vorsichtiger Gallas ZStW 8o, 32
2) ausführlich hierzu Roxin JuS 1966, 384 ff
3) GA 1958, 325
4) Busch in LK § 48 RN2; Sauer S.177
5) Baumann, Lehrbuch, S. 574

Straftat ist, weil der Plan für das Verbrechen von ihm stammt und folglich das gesamte Geschehen zu einem Zeitpunkt allein von ihm "abhing".
Diese geistige Urheberschaft setzt also voraus, daß die Anstiftung das Anfangsglied der Kausalkette ist (1) und bis zur Vollendung der Tat als deren intellektuelle Grundlage fortwirkt. Der besondere Strafgrund der Anstiftung, der in der tätergleichen Strafdrohung des § 48 zum Ausdruck kommt, liegt somit darin begründet, daß der Anstifter die geistige Basis für die Straftat legt und das Gesetz hier im Falle strafrechtlicher Verantwortlichkeit die geistige Leistung und die körperliche gleichstellt (2), so wie es auch in jedem anderen Lebensbereich geschieht. Der Anstifter hat den Plan hervorgebracht (3), der Täter hat aufgrund dieses Planes das Verbrechen ausgeführt: Die Verantwortlichkeit für den Erfolg ist bei den beiden gleich, denn der eine hat die Tat geistig, der andere sie körperlich geschaffen, und beidem liegt nach der Lebensanschauung eine gleichwertige Leistung zugrunde.
Besteht der Strafgrund der Anstiftung also darin, daß der Tatplan vom Anstifter ausgeht und dieser somit der geistige Urheber der Tat ist, so läßt sich auf dem Boden der herrschenden Verursachungstheorie die volle Strafdrohung in § 48 Abs. 2 für

---

1) vgl. Esser GA 1958, 325; dies allein reicht aber nicht aus, die besondere Strafdrohung des § 48 Abs.2 zu begründen - anders ausdrücklich Loewenheim S. 34; s. oben S. 12o
2) Hier geht es nicht darum, ob die geistige oder körperliche Leistung besonders schwierig ist, denn dies ist für den Unrechtsgehalt einer Straftat irrelevant; entscheidend ist allein, daß grundsätzlich in der allgemeinen Wertschätzung die geistige Leistung der körperlichen - mindestens - gleichsteht.
3) Motive zum Entwurf eines StGB für den Nordd.Bund S. 191: Der Anstifter hat "den Gedanken zur Tat geboren".

den Anstifter begründen. Denn einmal spielt der Korruptionsgedanke hier keine Rolle, weil es allein auf die Kausalität des Anstifters ankommt, allerdings auf die spezielle der geistigen Urheberschaft. Zum anderen läßt sich nur auf diese Weise die undifferenzierte Strafdrohung in § 48 rechtfertigen (1), weil nämlich in jedem Fall der Anstiftung die geistige Urheberschaft des Anstifters vorliegt und insoweit also auch immer die Gleichwertigkeit zur Täterschaft gegeben ist. Dies ist mithin auch der Grund, weshalb die Bestrafung der Anstiftung aus dem gleichen Strafrahmen wie die Täterschaft erfolgt, und nicht - wie es nach der Gefährlichkeitstheorie logisch wäre - aus einem erhöhten und gleichfalls differenzierten Beihilfestrafrahmen (2).

(c) Der Strafgrund der Anstiftung bei verschiedenen Streitfragen

Anhand dieses Strafgrundes der geistigen Urheberschaft lassen sich auch die Streitpunkte der Anstiftungslehre überzeugend begründen, was hier an einigen Beispielen kurz aufgezeigt werden soll.

War der Täter schon teilweise zu der Tat entschlossen, zu der ihn der Anstifter bestimmen wollte, so ist

---

1) vgl. aber die Begründung des AE S. 68/69 "die ausnahmslose Gleichstellung von Täterschaft und Anstiftung im Strafrahmen ... läßt sich nur rechtfertigen, wenn man dem Anstifter taterschwerend zur Last legt, daß er den Täter in Schuld verstrickt, d.h. zum Verbrechen verführt hat".

2) Das letztere wird auch in konsequenter Weise von den Vertretern der Gefährlichkeitstheorie gefordert; s. oben S. 127 Anm.1.

dieser nur insoweit nach § 48 (1) zu bestrafen, als die später begangene Straftat die Ausführung seines Planes ist. Entscheidend ist also, ob bzw. inwieweit die Identität von Anstifterplan und Tatausführung gegeben ist.
Wer - wie im Falle des BGHSt 19, 339 ff - einem bereits zum Raub entschlossenen Täter rät, doch vorsichtshalber eine Waffe mitzunehmen, hat nicht zu einem schweren Raub (§ 25o Abs.1 Nr 1) angestiftet, sondern nur zur Mitnahme einer Waffe (2). Da dies aber keine selbständige Straftat ist, bleibt nur die Beihilfe zum schweren Raub.
Wird jedoch der Plan des Täters durch das Einwirken des Anstifters zu einer neuen, von ihm geprägten Tat abgewandelt, so ist dieser auch als Anstifter für die ganze Straftat verantwortlich.
Dies wäre in dem vorstehenden Beispiel dann gegeben, wenn der Raub nicht, wie zunächst geplant, durch das Wegreißen der Tasche aus der Hand des Bankboten erfolgen sollte, sondern, um jedes Risiko zu vermeiden, der Bote in ein Auto gezogen, dort betäubt und gefesselt, der Tasche beraubt und später aus dem Auto geworfen werden soll.
Es kommt also nicht darauf an, ob die vom Anstifter vorgeschlagene Straftat eine Qualifizierung, Privilegierung (3) oder ein aliud im Vergleich zur vorher geplanten Tat darstellt, sondern nur darauf, ob sie ihrer ganzen konkreten Erscheinung nach auf dem Täterplan oder dem Anstifterplan beruht.

Ebenso wirkt die geistige Urheberschaft als der Strafgrund der Anstiftung klärend auf den Streit, ob die

---

1) Soweit die "Bestimmung" fördernd ist, liegt natürlich immer - auch neben einer teilweisen Anstiftung - eine Beihilfe zur ganzen Straftat vor; s. Baumann, Lehrbuch, S. 572; Jescheck, Lehrbuch, § 64 III 2c; anders Stratenwerth, Lehrb., 238
2) Ebenso Welzel, Lehrbuch, § 16 II 2; Jescheck, Lehrbuch, § 64 III 2c; Cramer JZ 1965, 31; Bemmann S. 278: Schönke-Schröder § 48 Rn4a; anders Baumann, Lehrbuch, S. 572; Maurach, AT § 51 II B 4; Stree, Heinitz-Festschrift, S. 289 f; Busch LM Nr. 25/26 zu § 48; BGHSt 19, 339, 34o f
3) Hat der Anstifter dem Täter eine neue, geringere Straftat eingeredet, um ihn von der Verletzung eines anderen Rechtsgutes abzuhalten, so kann eine Recht-fertigung wegen Nothilfe oder wegen übergesetzlichem Notstand in Betracht kommen; vgl. Schönke-Schröder § 48 RN 4a. Dies gilt iGz. Ansicht Bemmanns (S. 279) nicht generell, da die "geringere"Tat erfolgreicher oder schwerer verfolgbar sein kann und deshalb trotz des minus strafwürdig ist.

Anstiftung von dem Täter wahrgenommen werden muß (1). Auch hier ist wieder entscheidend, daß der Täter den Tatplan nicht selbständig faßt, sondern den des Anstifters übernimmt und ausführt. Das ist nicht der Fall, wenn dem Täter nur eine günstige Gelegenheit zur Tat geboten wird (2), also wenn zum Beispiel der A den B, einen Feind des C zu diesem schickt, um C die Gelegenheit zu geben, sich endlich an dem B zu rächen. Hier faßt nämlich der C den Tatentschluß selbständig; A hat die Tat zwar verursacht, aber nicht den C bestimmt, seinen - des A's - Plan zu verwirklichen (3). Dagegen liegt eine Anstiftung dann vor, wenn der A dem C den Verbrechensplan unter scheinbarem Abraten darlegt oder ihm sonst unter Verschleierung seiner Anstiftungsabsicht seinen Willen nahebringt. Führt der C dieses Vorhaben aus, so ist es immer noch der Plan des A, auch wenn C nicht erkennt, daß A ihn zu der Tat anstiften wollte.
Die Forderung nach "geistigem Kontakt" zwischen Anstifter und Angestiftetem ist also so zu verstehen, daß dieser den Verhaltensvorschlag des Anstifters wahrnehmen muß, wobei er ihn jedoch nicht als Anstiftung verstanden zu haben braucht (4).

---

1) Dies verlangen ausdrücklich Rutkowsky NJW 1952, 608; H.Mayer, 1953, S. 321; Schmidhäuser,Lehrbuch, 14/139 - anders aber im Beispiel zu 17/11. Hierauf verweisen auch Welzel, Lehrbuch, § 16 II 1 und Jescheck, Lehrbuch, § 64 III 1; dagegen Loewenheim S. 30; Schönke-Schröder, § 48 RN 6
2) Ebenso Rutkowsy NJW 1952, 608; H.Mayer, 1953,S.321; Welzel, Lehrbuch, § 16 II 1; Jescheck, Lehrbuch, § 64 III 1; Baur S. 23; Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/139; Schultz ZStR 71, 257 Anm.1; Busch in LK § 48 RN 14; anders Loewenheim S. 30
3) Da A die Straftat gefördert hat, ist er Gehilfe gemäß § 49
4) anders H.Mayer, 1953, S. 321; unklar Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/139; Rutkowsky NJW 1952, 608; Welzel, Lehrbuch, § 16 II 1

(d) Die Auswirkung des Strafgrundes der Anstiftung auf die Verhaltensweise des Unterlassens

Da der Wortlaut des § 48 keinen Aufschluß darüber geben konnte, ob eine Anstiftung auch durch Unterlassen geschehen könne, wurde zur Klärung dieser Frage der Strafgrund der Anstiftung untersucht - besonders im Hinblick auf die tätergleiche Strafdrohung in § 48 Abs.2 (1): Die Hervorhebung des Anstifters gegenüber dem Gehilfen hat ihren Grund darin, daß jener der geistige Urheber der Tat ist, da von ihm der Tatplan ausgeht; aufgrund der Gleichwertigkeit von geistiger und körperlicher Leistung ist er als geistiger Schöpfer der Straftat ebenso zu bestrafen wie derjenige, der sie schließlich in die Tat umsetzt. Daß dieser Strafgrund für jedes strafrechtliche Verhalten, also für positives Tun und für Unterlassen gilt, bedarf keiner weiteren Erläuterung, zumal ja die Vorschrift des § 48 unverändert in ihrem Wortlaut und in ihrer Strafhöhe auf beide Verhaltensarten anzuwenden ist.

Dieser besondere Strafgrund der Anstiftung entscheidet das Problem, ob die Anstiftung durch Unterlassen möglich ist: Da ein Unterlassender seine Tatidee niemals auf den späteren Täter übertragen kann, dieser vielmehr immer einen neuen, eigenen Tatentschluß (2) fassen muß, kann der Unterlassende nicht der geistige Schöpfer der Straftat sein, denn der Tatplan des Unterlassens wird ja nicht vom Täter ausgeführt.

---

1) s. oben S. 12o ff; diesen Weg weist auch Schünemann S. 377 f
2) s. oben S. 118

Ein Unterlassender kann also den Tatentschluß zwar im rechtlichen Sinne verursachen (1), er kann aber nicht den besonderen Strafgrund erfüllen, der die Anstiftung von der Beihilfe abhebt, und deshalb nicht Anstifter im Sinne des § 48 sein (2). Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die Fassung des § 48, so könnte man meinen, daß das Wort "bestimmen" dieses Erfordernis der "geistigen Urheberschaft" beim Anstifter bereits enthält; diese Interpretation ist jedoch, wie bereits erwähnt, nicht zwingend.

Anhand der Fälle, bei denen die Unterlassung kausal für den Tatentschluß ist, soll das anhand des besonderen Unrechtsgehaltes des § 48 erzielte Ergebnis dargestellt werden (3), und zwar mit dem Ziel, alle denkbaren Fallkonstellationen hierdurch zu erfassen. Eine Systematisierung der Fälle ist möglich, weil die in Frage kommenden Anknüpfungspunkte sich überschneiden (4). Von vornherein ist aber schon wegen

---

1) s. oben S.116 ff
2) Das gleiche gilt auch für die Meinung, die die Gefährlichkeit als den besonderen Strafgrund der Anstiftung ansieht, weil das Nichthindern der Entschlußfassung ebenso gefährlich ist wie das Nichthindern der Straftat auf irgendeine andere Weise; vgl. dazu Gallas JZ 1960, 687 Anm. 64. Nach der Korrumpierungstheorie müßte eine Anstiftung möglich sein, denn der Unterlassende, der die Entschlußfassung des Täters nicht verhindert, hätte auch dessen Verstrickung ins Unrecht zu verantworten.
3) Zur Systematisierung dieser Fälle vgl. Loewenheim S.35
4) Die Differenzierung in "Hervorrufung" und "Nichthinderung" der Entschlußfassung, wie es Loewenheim S.35 f durchführt, ist bei der Unterlassung nicht möglich, weil ein "Hervorrufen" durch Unterlassen schon wesensmäßig ausscheidet (vgl. oben S. 40). Ob der Täter vorher schon an die Tatgedacht hat, ist hier nicht entscheidend, da es bei der Anstiftung allein auf den endgültigen Tatentschluß ankommt. Zur 3. Gruppe von Loewenheim vgl. die folgende Anmerkung.

fehlender Kausalität hinsichtlich des Tatentschlusses beim Täter die Gruppe auszuscheiden, bei der dem Unterlassenden nur der Vorwuf der "Nicht-Rückgängigmachung des Tatentschlusses" gemacht werden kann (1).

Vom folgenden Fall soll ausgegangen werden:

> Dem Apotheker A fällt abends ein, daß er versehentlich den Schlüsselbund mit den Schlüsseln zum Giftschrank auf seinem Schreibtisch zurückgelassen hat. Er weiß, daß die Putzfrau T sich ihres Mannes entledigen will, und er ist sicher, daß sie, die sich gut in der Apotheke auskennt, den Schlüsselbund finden und angesichts der Zugangsmöglichkeit zum Giftschrank einen Tötungsentschluß fassen wird. Als tatkräftige Person wird sie diesen Entschluß sogleich mithilfe des Giftes verwirklichen.
> Der Apotheker wünscht sich die Straftat und holt deshalb von dem Büro den Schlüsselbund nicht ab, bevor die Putzfrau den Dienst beginnt.
> So wie der Apotheker es wollte, geschieht es. (2)

Der Tatplan des A konnte die Putzfrau nicht erreichen, gleichgültig ob sie wußte, daß hier eine strafrechtlich relevante Unterlassung vorlag oder nicht. Denn selbst wenn sie die Unterlassung des Apothekers wahrnahm, weil sie die Pflicht des A kannte, unbefugten Dritten den Zugang zu den Giften zu verwehren, konnte sie daraus keine bestimmte Willensrichtung und deshalb keinen Verhaltensvorschlag des A ablesen, weil dem an sich wertneutralen Nichttun die verschiedensten Ursachen zugrundeliegen konnten: Gedankenlosigkeit, Nachlässigkeit, Vertrauen auf die Putzfrau oder auch Zustimmung zu dem Verbrechen. Die Putzfrau konnte

---

1) ebenso Loewenheim S. 37 f; v.Zahn GS 69, 35; vgl. aber Kaufmann, Dogmatik, S. 292

2) Das Beispiel ist in Anlehnung an Loewenheim (S. 35) gebildet; ähnlich Herzberg, Unterlassung, S. 127 mit seinem Fall der "Verantwortung für di deliktische Willenbildung"

also keinen Tatplan bei A erkennen, geschweige denn einen solchen von ihm übernehmen, sondern mußte ihn selbständig fassen. A ist nicht der geistige Urheber der Straftat, sondern er hat nur als erster die günstige Gelegenheit für ihre Begehung erkannt und diese Situation entgegen seiner Pflicht nicht zuungunsten der Tatbegehung verändert. Durch dieses Verhalten hat er die Täterin jedoch nicht angestiftet, da ihr Tatentschluß nicht von ihm ausging; er ist vielmehr nur für die günstige Gelegenheit zur Tatausführung, die gegenüber der rechtlich gebotenen Situation eine Förderung darstellt, und damit als Gehilfe gemäß § 49 verantwortlich (1).

Daran ändert sich auch nichts, wenn der Täter aufgrund irgendwelcher Umstände weiß oder als sicher annimmt, daß der Unterlassende die gebotene Handlung bewußt nicht vorgenommen hat: In dem Gefängnis-Fall (2) könnte der Gefangene dies zum Beispiel daraus schließen, daß der Gefängnisdirektor in seiner Aufsichtskabine das Einlassen des Staatsanwalts in den Flur aufmerksam verfolgt. Auch hier kann der Gefangene nicht einmal einen bestimmten Verhaltensvorschlag des Direktors aus dessen Verhalten entnehmen: Soll der Staatsanwalt getötet, soll er nur niedergeschlagen oder soll der Gefangene gar nur auf die Probe gestellt werden? Auch in diesem Fall liegt allein beim späteren Täter die geistige Leistung des Tatentschlusses,

---

1) vgl. dazu oben S. 130 Anm.1 ; anders Stratenwerth, Lehrbuch, S. 238, welcher denjenigen, der die günstige Tatsituation schafft, "grundsätzlich straflos" lassen will.
2) s. oben S. 118

er ist somit der geistige Urheber der Tat. Der Unterlassende ist wiederum nur für die günstige Situation verantwortlich, die die Entschlußfassung erleichtert oder in diesem Fall sogar den Entschluß und die Tat erst ermöglicht; dadurch wird er zum Gehilfen.

Wenn die Unterlassung nur einen Rückschluß auf die Willensrichtung des Unterlassenden zuläßt, nämlich seine Zustimmung zu dem vom Täter geplanten Verbrechen, ist sie der Anstiftung am nächsten, denn hier ist für den Täter der Wille des Unterlassenden erkennbar. Dies kann z.B. in dem Gefängnis-Fall dann vorliegen, wenn der Direktor - ohne Anstiftungsabsicht - einmal den Wunsch geäußert hat, man solle den Staatsanwalt doch einmal verprügeln, der Gefangene davon gehört hat und aufgrund seiner Bewachung sowieso nur eine Körperverletzung am Staatsanwalt begehen kann. Einen solchen Fall führt auch Schmidhäuser als Beispiel für eine Anstiftung durch Unterlassen an (1):

> B berichtet dem A, daß er A's Vater V hasse und sich überlege, ob er V töten solle. Entgegen seiner Garantenpflicht, das Leben des Vaters zu schützen, tut A nichts, um dem B seinen Plan auszureden, den B auch bald ausführt.

Mit der Nichtvornahme der gebotenen Handlung (2) äußern der Gefängnisdirektor und der Sohn A

---

1) Schmidhäuser, Lehrbuch, 17/11; falls B bereits den endgültigen Tatentschluß gefaßt hat, kann eine Anstiftung ohnehin nicht mehr in Betracht kommen, vgl. oben S. 134 Anm.1.

2) Es kommt allein auf die Wirkung des Unterlassens an, nicht auf ein etwa damit zusammenhängendes Tun, z.B. im Gefängnisfall die vorangegangene Äußerung, an die sich jetzt der Gefangene erinnert. Schon geringfügige Handlungen, wie im ersten Fall das eilige Verlassen des Hauses, "um dem Vater nicht helfen zu müssen", können die gesamte Fragestellung in den Bereich des

eindeutig ihre Zustimmung zu der Straftat; in dem Nichthandeln liegt also eine positive, d.h. wahrnahmbare Willensäußerung. Das reicht jedoch nicht aus, um den Unterlassenden als Anstifter zu bestrafen.

Den Tatentschluß des Täters beeinflußt der Unterlassende nämlich durch seine Stellungnahme nicht mehr, als wenn er für eine günstige Gelegenheit zur Tatbegehung verantwortlich ist (1); denn er stellt dem Täter nur anheim, die von diesem selbst erkannte und ins Auge gefaßte Straftat auszuführen und überläßt es ihm, den Tatentschluß selbständig für sich zu fassen. Deshalb tritt er dem Täter auch in keinem Zeitpunkt als "Herr und Meister" gegenüber (3), wie Esser die Stellung des Anstifters charakterisiert. Die geistige Leistung des Tatplanes wird ebenso allein vom Täter erbracht wie die Tatinitiative und die Überwindung der Skrupel. Dadurch, daß der Unterlassende entgegen seiner Rechtspflicht die Straftat nicht durch Vereitelung des Tatentschlusses beim Täter verhindert, sondern mit dieser Unterlassung seine Zustimmung zur Straftat verantwortlich; er trägt aber nicht die tätergleiche

---

positiven Tuns verlagern. Zur Bestimmung der jeweils relevanten Verhaltensart und zur Frage der Konkurrenz, wenn beide Verhaltensarten vorliegen, vgl. unten S. 421 ff

1) das zu einer Bestrafung wegen Beihilfe führt, s. oben S. 130 Anm.1

2) Ob nun der spätere Täter beim Zusammentreffen mit dem Unterlassenden bereits den festen Tatentschluß gefaßt hatte oder ob er nicht so sicher war, ändert an dem Ergebnis nichts; denn in beiden Fällen liegt der Entschluß beim Täter. Der Unterlassende steht nämlich auch im letzten Fall zu dem Geschehen eher wie ein Gehilfe der Entschlußfassung gegenüber, weil er die endgültige Entschlußfassung nicht verhindert hat, wie es seiner Pflicht entspricht.

3) Esser GA 1958, 325

Verantwortung des Anstifters, da nicht s e i n Tatplan vom Täter ausgeführt wird, sondern jener, den der Täter selbständig geschaffen hat.

Durch das Unterlassen einer gebotenen Handlung kann dem Täter im Hinblick auf eine Straftat nur eine günstigere Gelegenheit geboten werden, als sie von rechts wegen bestehen durfte, und außerdem kann konkludent die Zustimmung zu dieser Straftat geäussert werden. Darin liegt aber nur eine tatsächliche bzw. psychische Unterstützung der fremden Straftat, nicht dagegen eine Anstiftung im Sinne des § 48; denn, wie sich aus dem Strafgrund ergibt, verlangt das Wort "bestimmen" ein Verhalten, das den Täter auf die vom Anstifter geplante Straftat "festlegt". Eine bloße Willensäußerung, die dem Täter die Straftat befürwortend anheimstellt, genügt den Anforderungen dieses Begriffes nicht. Diese Einflußnahme auf den Willen des Täters, ohne ihm die Entschlußfreiheit zu nehmen, kann also nicht durch unverbindliches Unterlassen geschehen.

Die auf das Tun zugeschnittene Fassung des § 48 (1) sowie der Teil der Lehre, der die ausschließliche Erfüllbarkeit des § 48 durch positives Tun aus dem Wesen der Anstiftung ableitet (2), weisen den richtigen Weg: So wie die Anstiftung in § 48 normiert ist und gemäß § 26 des 2. StrRG demnächst geltendes Recht wird, nämlich als eine im Unrechtsgehalt tätergleiche, kann sie nur durch positives Tun begangen werden (3).

---

1) s. oben S. 12o
2) Grünwald GA 1959, 122; Roxin, Täterschaft, S. 484
3) ähnlich Jescheck, Lehrbuch, § 64 III 6

Zusammenfassung zu Ziff. 2

Der Wortlaut des § 47 und die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Merkmale der vier Täterschaftsformen - Allein-, Neben-, Mit- und mittelbare Täterschaft - stehen einer solchen Auffächerung der Täterschaft bei Unterlassungsdelikten nicht entgegen.

Dagegen ist eine Unterlassungsteilnahme nur als Beihilfe (§ 49) möglich, weil die besonderen gesetzlichen Anforderungen der Anstiftung (§ 48) durch Unterlassen nicht erfüllt werden können.

Die Beteiligungsvorschriften und die ungeschriebenen Merkmale lassen also grundsätzlich eine differenzierte Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte in Täterschaft und Teilnahme und auch eine weitere Auffächerung der Täterschaft zu. Wie diese Differenzierung und Auffächerung bei Unterlassungsdelikten tatsächlich erfolgt, soll nach dieser Feststellung der prinzipiellen Vereinbarkeit der verschiedenen Beteiligungsformen mit dem Unterlassen anhand der möglichen Abgrenzungsmerkmale untersucht werden - die Anstiftung natürlich ausgenommen.

2. Teil

Die Unterscheidung des Unterlassens nach Täterschaft und Teilnahme

Die Beteiligungslehre der Begehungsdelikte setzt erst an dieser Stelle ein, denn dort geht es allein um die Abgrenzung der im Gesetz festgelegten und von der Rechtswissenschaft herausgebildeten Formen der Täterschaft und Teilnahme untereinander. Die allgemeinen dogmatischen Streitfragen werden auf der Grundlage der vorgegebenen Differenzierung ausgetragen und wirken sich demgemäß erst bei der Frage aus, auf welche Weise und anhand welcher Merkmale die Differenzierung vorzunehmen ist.

Bei den Unterlassungsdelikten muß die Untersuchung weit früher einsetzen. Das ist einmal darin begründet, daß hier schon die Differenzierbarkeit nach den "vorgegebenen" Beteiligungsformen geklärt werden muß. Im ersten Teil der Arbeit ist hierzu festgestellt worden, daß ein Unterlassender nicht im Sinne des § 48 anstiften kann (1) und daß die Verhaltenstatbestände durch einen Unterlassenden nicht in mittelbarer Täterschaft oder Mittäterschaft erfüllt werden können (2). Zum anderen muß wie bei jeder Behandlung von Teilfragen auf dem Gebiet der Unterlassungsdelikte geklärt werden, auf welcher dogmatischer Grundlage die Lösung aufgebaut werden soll. Dies ist bisher innerhalb der fortlaufenden Untersuchung geschehen, soweit

1) siehe oben S. 132 ff
2) siehe oben S. 78 ff und 86 ff

die dogmatischen Probleme unmittelbar mit den anstehenden Fragen in Verbindung standen. Zwei weitere, für die Beteiligungslehre wichtige Problemkreise - die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen mit der daraus folgenden Konkurrenzlehre und die Gleichwertigkeit der beiden Verhaltensarten - konnten hierbei noch nicht erörtert werden, ohne die Übersichtlichkeit der Darstellung zu gefährden. Sie werden deshalb in einem besonderen Abschnitt an das Ende dieser Arbeit gestellt (1). Im Folgenden werden die Ergebnisse dieser Untersuchungen ohne weitere Erläuterungen den Ausführungen zugrundegelegt.

Auf dieser Grundlage kann nun unverzüglich damit begonnen werden, die Merkmale zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme - hier nur Beihilfe - bei den Unterlassungsdelikten herauszuarbeiten.

---

1) Siehe unten 3. Teil, S. 471 ff

I. Die Leitlinien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Der Gesetzgeber hat sich bei der begrifflichen Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme sehr zurückgehalten und dies weitgehend der Wissenschaft überlassen. Daraufhin wurde von der Lehre und der Praxis eine fast unüberschaubare Vielzahl von Methoden zur Abgrenzung der Beteiligungsarten entworfen. Dies gilt vor allem für die Unterlassungsdelikte, wo man sich auf einem fast gesetzesfreien Raum zu bewegen meinte (1). Hier wurden die Abgrenzungsmerkmale allen nur denkbaren Gesichtspunkten entnommen (2) und die Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme auf jede beliebige Art gezogen. Die folgende kritische Würdigung der wichtigsten Abgrenzungsmethoden offenbart diesen beachtenswerten Einfallsreichtum der Rechtswissenschaft.
Angesichts der vielen, zum Teil völlig inkonsequenten Abgrenzungslehren müssen dem Betrachter jedoch Zweifel kommen, ob das Gesetz diesen Raum tatsächlich ohne jeden Anhaltspunkt für eine Lösungsrichtung offengelassen hat.

In Wirklichkeit stellt das Gesetz anhand gewisser Begriffsbildungen und Bewertungsmaßstäbe Leitlinien auf (3), an denen sich die Bestimmung von Täterschaft

---

1) vgl. die selbständige Dogmatik der U.-Delikte bei Kaufmann (oben S. 1o ff) und den Streit um den Grundsatz n.p.s.l. (oben S. 32 ff)
2) vgl. nur die Überschriften zu den unten behandelten Abgrenzungstheorien
3) über den methodischen Ansatz s. Roxin, Täterschaft, S. 19 ff, 23

und Teilnahme orientieren muß. Diese gesetzlichen Anhaltspunkte ersetzen nicht die Abgrenzungsmerkmale zur Bestimmung der Beteiligungsarten im konkreten Fall, weil sie nur generell das Bild umreißen können, das der Gesetzgeber als entscheidend ansieht. Sie sind jedoch Anforderung und Prüfstein für die Beteiligungslehren, denn sie zeichnen die zu bildenden Gruppen in etwa vor und ermöglichen so eine Eingrenzung der Fallgruppen, die zur Täterschaft bzw. Teilnahme zählen (1).

1. Die fremde und die eigene Tat

In den Vorschriften der §§ 47 ff werden die Tatbeteiligten (2) so gekennzeichnet, daß die Mittäter die Straftat "gemeinschaftlich ausführen" (§ 47), der Anstifter "einen anderen zu der von demselben begangenen Straftat bestimmt" (§ 48, 49 a) und der Gehilfe "zur Begehung (der Straftat) Hilfe leistet" (§ 49) (3).

---

1) Roxin (Täterschaft, S. 26) spricht von der "aussondernden Wirkung" der Leitlinien
2) Die Überschrift zum 3. Abschnitt des 1. Teiles des StGB ist mißverständlich, denn als "Teilnahme" werden herkömmlich nur Beihilfe und Anstiftung bezeichnet; es ist daher besser, den in § 50 verwandten Begriff der Beteiligung als Oberbegriff zu gebrauchen.
3) Die Beteiligungsvorschriften des 2. StrRG (§§ 25 ff) stimmen insoweit mit den noch gültigen §§ 47 ff StGB überein.

Das Gesetz stellt hier - besonders deutlich in § 48 - die Tat in ein Zuordnungsverhältnis zu dem Beteiligten: Für den Teilnehmer ist es die Tat "eines anderen", der Täter begeht - so könnte man ergänzen - "seine eigene" Straftat. Hierbei liegt es natürlich zur Charakterisierung dieser Beziehung nahe, das vom Zivilrecht her geläufige Begriffspaar "fremd - eigen" zu verwenden. Diese normativen Begriffe sind in fast jeder Abhandlung über Beteiligungsfragen enthalten (1) und beherrschen die von der Praxis vertretene subjektive Abgrenzungstheorie (2), da sie sehr flexibel und für den Juristen aufgrund der zivilrechtlichen Rechtsfigur des Eigentums sehr anschaulich sind.

Aus eben diesen Gründen sind sie jedoch auch kaum nutzbringend für die Beteiligungslehre.
Zum einen ist eine Straftat nicht so konkret zu begreifen, daß sie wie ein Gegenstand einer bestimmten Person zugeordnet werden könnte. Bei der Beteiligung mehrerer zerfällt sie in verschiedene Einzelakte verschiedener Personen und müßte doch als ein einheitliches Phänomen begriffen werden, ohne daß dabei die Eigentumskonstruktionen des Sachenrechts weiterhelfen könnten.
Praktikabel mag es noch bei der mittelbaren Täterschaft sein, wenn ein Beteiligter die Wissens- oder Willensmängel eines anderen für "seine" Straftat nutzt. Gibt jedoch A dem B den Verbrechenstip, den dieser ausführt,

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 5, 58, 68; Baumann, Lehrbuch, S. 479
2) Siehe unten S. 155ff; RGSt 2, 162 ff; 3, 182 ff

so bereitet die "Zuordnung" der Straftat schon erhebliche Schwierigkeiten (1).
Beide Verhaltensweisen sind Bestandteile eines strafwürdigen Angriffs auf die Rechtsordnung und können daher nur als eine einheitliche Straftat begriffen werden. Es bleibt die Frage, warum man sie A und B in der Weise unterschiedlich zurechnen sollte, daß sie für den einen als fremde und für den anderen als eigene Straftat anzusehen ist. Beide Beteiligten haben zweckgerichtet auf die Verwirklichung des Unrechts hin gehandelt und sind deshalb jeder für seinen Tatbeitrag verantwortlich.
Zwar ist die Verantwortlichkeit abgestuft, der eine also mehr und der andere weniger strafwürdig; doch fehlt es an dem Gegensatz, der das Begriffspaar "fremd - eigen" kennzeichnet: In der strafrechtlichen Beteiligungslehre ist die Tat für den Teilnehmer nicht so "fremd", daß er mit ihr - wie der Nichteigentümer hinsichtlich des im Eigentum eines Dritten stehenden Gegenstandes - nichts zu tun hat; denn auch ihn trifft die Verantwortung für das Geschehen. Es fehlt hier somit an dem anschaulichen, aus dem Zivilrecht entliehenen Gegensatz, mit dem das normative Begriffspaar rechtlich auszufüllen wäre.

Zum anderen spricht gegen die Verwendung der beiden Begriffe als Leitlinie, daß sie zu flexibel sind, um als Richtschnur für die Beteiligungslehre dienen zu können. Dies wird noch dadurch verstärkt, daß sie - ihres eigentlichen zivilrechtlichen Inhalts entleert - nun mit dem jeweils gewünschten Inhalt ausgefüllt werden.

---

1) vgl. oben die Ausführungen zum Strafgrund der Anstiftung S. 126

Da jede Abstufung in der Verantwortlichkeit als ausreichend angesehen wird, um die Straftat für den einen Beteiligten als eine fremde und für den andern als seine eigene zu bewerten, kann wohl jede der Beteiligungslehren für sich behaupten, daß durch die von ihr herangezogenen Abgrenzungsmerkmale die Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme nach dieser "Leitlinie" gezogen werde. Besonders deutlich wird das an der subjektiven Theorie, die gerade in neuerer Zeit die verschiedensten Merkmale - wie die Tatherrschaft, das Gewicht des Tatbeitrages, das Interesse - zur Begründung des Willens zur eigenen Straftatbegehung heranzieht (1). Diese fast unbegrenzte Möglichkeit, die Begriffe "fremde" und "eigene" Straftat mit beliebigen Abgrenzungskrterien auszufüllen, schließt sie von der Funktion als Leitlinie in dem hier verstandenen Sinne aus, denn sie können deren wichtigste Aufgabe nicht erfüllen: die nach der Wertung des Gesetzes zutreffenden Abgrenzungen von den unzutreffenden "auszusondern".

2. Die Gefährlichkeit des Tatbeitrages

Aus dem Grundgedanken mehrerer Beteiligungstheorien, die bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme von der Bedeutung des einzelnen Tatbeitrages ausgehen, könnte man die Leitlinie ableiten, daß der Täter sich durch die größere Gefährlichkeit seines Verhaltens vom Teilnehmer unterscheidet (2).
Sieht man einmal von der Unbestimmtheit dieses Begriffes und demzufolge von dem geringen Nutzen einer solchen Leitlinie ab (3), so wäre es doch denkbar, daß

1) vgl. BGHSt 6, 229; 8, 393; 11, 272 und unten S. 161
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 31 zu 4)
3) Roxin, Täterschaft, S. 32

den gesetzlichen Beteiligungsvorschriften die Vorstellung zugrundeliegt, der gefährlichere Tatbeteiligte sei als Täter und der weniger gefährliche nur als Teilnehmer zu bestrafen.

Hierfür besteht jedoch nicht der geringste Anhaltspunkt. Aus keiner der Beteiligungsvorschriften läßt sich ein solcher Grundgedanke entnehmen. Das Gesetz differenziert die Beteiligungsarten nämlich nur danach, auf welche Weise der Tatbeitrag geleistet wurde, ohne diesen von vornherein zu bewerten: Wer dem Gelegenheitsdieb den Tip zum Einbruch gibt, weil er die Örtlichkeit kennt und erst dadurch die Gefahr für das Eigentum eines anderen schafft, kann nur als Anstifter belangt werden; er hat den Diebstahl nämlich nicht begangen, sondern gem. § 48 nur den Tatentschluß bei einem anderen hervorgerufen. Die Gefährlichkeit seines Verhaltens bleibt hier ebenso außer Betracht wie bei der Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft.

Nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes kann dieser Gesichtspunkt - neben anderen - nur Bedeutung für die Frage haben, ob ein Gehilfe wie der Täter bestraft wird oder ob seine Strafe gem. §§ 49 Abs. 2, 44 ermäßigt wird (1). Er findet also nur als Strafzumessungsgrund innerhalb der Beteiligungsvorschriften Beachtung. Für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme ist das Merkmal der Gefährlichkeit ohne Bedeutung.

---

1) Mit beachtlichen Argumenten wird z. T. die Ansicht vertreten, daß die Gefährlichkeit Bedeutung für den Strafgrund der Anstiftung habe. Auch hiernach wäre also dieser Gesichtspunkt nicht für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, sondern nur innerhalb der Teilnahme für die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe bedeutsam. Vgl. hierzu die Ausführungen zum Strafgrund der Anstiftung oben S. 124 ff.

3. Die Zentralgestalt und die Randfigur des Tatgeschehens

Überträgt man die Fassung der gesetzlichen Beteiligungsvorschriften ins Bildliche, so erhält man eine weitaus tauglichere Leitlinie. Der Gesetzgeber weist den Beteiligten je nach ihrer Funktion eine bestimmte Position in dem Tatgeschehen zu: Während der Täter die Straftat ausführt (§ 47) oder begeht (§§ 48, 49), leistet der Gehilfe dazu Hilfe (§ 49) und bestimmt der Anstifter (den Täter) zur Straftat (§ 48) (1). Hiernach ist der Anstifter im Vorfeld und der Gehilfe am Rand der Straftat tätig, und der Täter steht im Mittelpunkt des Geschehens.
Roxin hat demzufolge den Täter als "Zentralgestalt" und den Teilnehmer als "Randfigur" des handlungsmäßigen Geschehens gekennzeichnet (2).
Dieser Begriffsbildung kann nur zugestimmt werden. Ihre Richtigkeit ergibt sich einmal aus den im Gesetz verwandten Worten, welche die beiden Teilnahmearten als Nebenerscheinungen auf den Täter beziehen. Auch das Akzessorietätsdogma, nach dem die Teilnahme nicht ohne eine Haupttat möglich ist (3), stützt diese Ansicht; denn hiernach zeigt sich die Teilnahme als ein unselbständiger Anhang an die täterschaftliche Tatbestandserfüllung.
Zum anderen entspricht diese Kennzeichnung von Täter und Teilnehmer auch der vorrechtlichen Begriffsbestimmung. Der Täter wird mit seiner Tat identifiziert,

---

1) ebenso die §§ 25 ff des 2. StrRG
2) Roxin, Täterschaft, S. 25 f
3) Nach geltendem Recht kann es Teilnahme ohne eine Haupttat nicht geben; anderer Ansicht ist Lüderssen, S. 188 f; vgl. unten S. 236 ff

weil sie von ihm als der Schlüsselfigur des Geschehens entscheidend gelenkt und geprägt wird. Ihm gegenüber sind die Teilnehmer nur Randfiguren, die zwar möglicherweise für das Gelingen der Tat erforderlich sind, nie jedoch in das beherrschende und lenkende Zentrum der Tat vordringen können, ohne dabei zum Täter zu werden.
Es erscheint schwierig, diesen vorrechtlichen Täterbegriff zu erfassen, zumal der Sprachgebrauch recht weitgespannt ist und die Worte Täter und Teilnehmer zur Bezeichnung verschiedenster Sinn- und Sachzusammenhänge verwandt werden. Bei den mannigfaltigen Anwendungsmöglichkeiten, die sich auf wirtschaftliche und wissenschaftliche, sozialzuträgliche und sozialschädliche, geistige und körperliche Leistungen erstreckt, taucht jedoch immer wieder das Bild des Täters auf, der im Zentrum des Geschehens steht, und das des Teilnehmers, der am Rande in einer Nebenfunktion mitwirkt.

Dieses Begriffspaar ist als Leitlinie für die Beteiligungslehre besonders gut geeignet, weil es einerseits so "offen" (1) ist, daß es die jeweilige Situation nicht in ein Schema preßt, sondern auf die Eigenart des Einzelfalles einzugehen vermag, und weil es andererseits ein konkretes Bild über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme entwirft. Ohne den Abgrenzungsmerkmalen vorzugreifen, wird hier - im Gegensatz zum Begriffspaar "fremd - eigen" - eine feste Leitlinie gesetzt, an der sich die Beteiligungslehre orientieren kann.

---

1) Zu diesem Begriff vgl. Roxin, Täterschaft, S. 122 ff

Das Bild von der Zentral- und Randfigur erscheint bei jeder Deliktsart; infolgedessen müßten die Abgrenzungsmerkmale in jedem Fall das Bild nachzeichnen. Damit ist diese Leitlinie auch ein Prüfstein für die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte.

4. Die Strafwürdigkeit

Schließlich ist noch auf die Frage einzugehen, ob die Strafwürdigkeit eines Verhaltens als Leitlinie für die Abgrenzung der Beteiligungsarten verwendet werden kann. Es ist festzustellen, daß immer wieder dieser Gesichtspunkt in die Beteiligungslehre einfließt (1), obwohl das Gesetz nach der gegenwärtigen Fassung und selbst nach den Reformvorstellungen bei der Trennung der Beteiligungsarten eindeutig nicht davon ausgeht: Der Anstifter wird wie der Täter bestraft (§ 48 Abs. 2), der Gehilfe kann - zumindest de lege lata - wie der Täter bestraft werden; wenn auch de lege ferenda für den Gehilfen eine obligatorische Herabsetzung des Täterstrafrahmens bestimmt wird (§§ 27 Abs. 2 Satz 2 des 2. StrRG), bleibt - was kaum angegriffen wird - für die andere Teilnahmeform der volle Täterstrafrahmen bestehen. Schon unmittelbar aus dieser gesetzlichen Regelung folgt, daß der Strafwürdigkeit bei der Differenzierung der Beteiligungsarten keine Bedeutung zukommt.
Außerdem kann die Strafwürdigkeit keine gesetzgeberische Leitlinie in der Weise abgeben, daß das Gesetz

---

1) Vgl. Lüderssen S. 182; und die bei Roxin, Täterschaft, S. 30, Anm. 20 Genannten

denjenigen, der geringer als ein anderer zu bestrafen ist, eben wegen dieser herabgesetzten Strafbarkeit als Teilnehmer neben dem Täter behandelt wissen will. Der Gesetzgeber hat nämlich die Beteiligungsarten nicht an der Strafwürdigkeit der Verhaltensweisen orientiert, sondern die unterschiedliche Strafwürdigkeit der Beteiligungsarten folgt aus ihrer vom Gesetz übernommenen und festgelegten Eigenart.

Das heißt - auf die Beihilfe bezogen -, daß der Grund für die Einordnung eines Verhaltens unter die Vorschrift des § 49 nicht darin liegt, daß das Verhalten möglicherweise weniger strafwürdig ist, als im Täterstrafrahmen vorgesehen. Die Einordnung ist vielmehr in der oben als Leitlinie herausgearbeiteten (1) Randstellung des Gehilfen begründet, und die fakultative Herabsetzung des Strafrahmens in § 49 Abs. 2 stellt nur eine gesetzgeberische Reaktion auf diese Eigenart der Gehilfenbeteiligung dar (2).
Infolgedessen kann der Gesetzgeber auch - in gewissen Grenzen - die Strafrahmen für die verschiedenen Beteiligten verändern, ohne das zuvor festgelegte System von Täterschaft und Teilnahme grundlegend zu verändern. Das gilt zum Beispiel für die vorgesehene Veränderung des Beihilfestrafrahmens: Die obligatorische Herabsetzung des Gehilfestrafrahmens gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 des 2. StrRG zwingt zu keiner neuen Definition des Teilnahmebegriffes; dies bedeutet nur, daß der Gesetzgeber den "peripheren Charakter" der Gehilfenbeteiligung anders - und möglicherweise konsequenter als bisher (3) - bewertet.

---

1) siehe oben S. 148 f
2) Roxin, Täterschaft, S. 31
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 31

Die Strafwürdigkeit scheidet also auch von der Gesetzestechnik her als Leitlinie für die Abgrenzungstheorien aus.

Im Rahmen der Unterlassungsdelikte kommt der Strafwürdigkeit bei der Abgrenzung der Beteiligungsarten aber doch eine gewisse Kontrollfunktion zu. Da nämlich die Anstiftung gemäß § 48 als eine besondere Form der Teilnahme fortfällt (1), stehen sich hier nur die Täterschaft und die Beihilfe als die einzig möglichen Beteiligungsarten gegenüber. Nach den gegenwärtigen Beteiligungsvorschriften unterliegt also das täterschaftliche Unterlassen dem vollen Strafrahmen und das teilnehmende Unterlassen nur dem Strafrahmen des § 49 Abs. 2, also der fakultativen Strafmilderung; nach dem künftigen Recht wird sogar die Strafmilderung für den Gehilfen zwingend vorgeschrieben (§ 27 Abs. 2 Satz 2 des 2. StrRG).
Sieht man von den strafmildernden Umständen, die in der Person des Delinquenten liegen und von der Frage der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen (2) ab, so muß nach diesem System immer dann, wenn aufgrund der besonderen Beteiligungsweise des Unterlassenden am Tatgeschehen sein Verhalten gegenüber der täterschaftlichen Strafdrohung weniger strafwürdig erscheint, ein Fall der Beihilfe durch Unterlassen vorliegen. Bei einer vollen Strafwürdigkeit kann dagegen - nach dem gegenwärtigen Recht - Täterschaft oder Beihilfe gegeben sein (3). Mit Hilfe der Strafwürdigkeit können demnach die Abgrenzungsmerkmale

---

1) siehe oben S. 132 ff
2) siehe unten S.466
3) Nach dem künftigen Recht ist dieses Verhältnis noch klarer.

insoweit überprüft werden, als sie solches Unterlassen, das aus Gründen der Beteiligung die Anwendung eines geringen Strafrahmens gebietet, als Beihilfe erfassen müssen (1).

---

1) Wegen der damit korrespondierenden Probleme der Gleichwertigkeit kann diese Kontrollfunktion natürlich nur sehr vorsichtig und unter Berücksichtigung des Gleichwertigkeitsproblems angewandt werden.

II. Kritik der wichtigsten Abgrenzungslehren von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten

1. Lehren mit gleichen Abgrenzungsmerkmalen für Begehungs- und Unterlassungsdelikte

Begehungs- und Unterlassungsdelikte haben nicht nur wertmäßige, sondern auch dogmatische Gemeinsamkeiten. Das ist bereits oben, insbesondere bei der Auseinandersetzung mit Kaufmanns Unterlassungsdogmatik festgestellt und näher dargelegt worden (1). Ausgehend von dieser Übereinstimmung ist es denkbar, über die gemeinsame Leitlinie für Täterschaft und Teilnahme hinaus bei beiden Deliktsarten auch die gleichen Abgrenzungsmerkmale zu verwenden.

Diesen Weg haben drei bedeutende Abgrenzungstheorien eingeschlagen: Die subjektiven Theorien knüpfen an die bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten gleichermaßen vorhandenen Elemente in der Psyche der Tatbeteiligten an; die Tatherrschaft ist der Ausgangspunkt der zweiten hier zu behandelnden Abgrenzungstheorie; Roxin fügt das Unterlassungsdelikt in das von ihm entworfene System der Beteiligungslehre ein, indem er es der Gruppe der Pflichtdelikte zuordnet - diese Lehre soll dementsprechend Pflichtdeliktstheorie genannt werden.

---

1) siehe oben S. 1o ff
und unten S. 255

a. Die subjektive Theorie (BGH, Baumann, RGRK)

Die Rechtsprechung (1) und ein großer Teil der Lehre (2) sehen einen Tatbeteiligten dann als Täter an, wenn er den Täterwillen besitzt, d. h. die Tat als seine eigene will. Hat der Beteiligte dagegen nur den Teilnahmewillen, d. h. will er durch sein Verhalten nur eine fremde Tat unterstützen bzw. hervorrufen und ordnet er dabei seinen Willen dem des Täters unter, so soll er nur Teilnehmer an dem Geschehen sein. Eine besondere Variante der subjektiven Theorie, die Täter und Teilnehmer nach dem Grad des Interesses am Taterfolg unterscheiden will (3), besitzt heute keine selbständige Bedeutung mehr; das Interesse wird nur noch als Indiz für die Willensrichtung der Beteiligten herangezogen (4).

Es kann nicht überraschen, daß diese Abgrenzungstheorie - zumal in der Praxis - eine solche Verbreitung gefunden hat. In dem Willen des Delinquenten spiegelt sich in der Regel die Tat wider, und daraus läßt sich daher meist die Stellung des Delinquenten in dem Geschehen ablesen. Hinzu kommt noch die leichte Handhabung dieser Theorie, denn neben dem Interesse des Beteiligten können die verschiedensten Tatumstände als Indiz für den Täter- oder Teilnehmerwillen

1) seit RGSt 3, 181 ff; BGHSt 2, 150; BGH NJW 1951, 323
2) Baumann, Lehrbuch, S. 499; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 74; Busch in LK, Vorbem. § 47 RN 20 f und § 49 RN 18; und die bei Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 62 Genannten
3) s. RGSt 74, 85
4) RGSt 74, 85; RG JW 1937, 2509; BGHSt 6, 226, 229; Baumann, Lehrbuch, § 36 I 3 c, S. 496

herangezogen werden. Hierin hat sich insbesondere die neuere Rechtsprechung hervorgetan, indem sie z. B. die Tatherrschaft bzw. den Willen zur Tatherrschaft (1) bei der Willensfeststellung mitberücksichtigte.

Dadurch erhält die subjektive Theorie eine Flexibilität, die die Berücksichtigung eines jeden Sonderfalls gestattet, und sie insofern von allen anderen Abgrenzungstheorien entscheidend abhebt. So wird man in der Rechtsprechung des RG und BGH nur wenige Urteile finden können, die man hinsichtlich der Bestimmung der Beteiligungsform als ausgesprochen verfehlt und unbillig bezeichnen müßte - und bezeichnenderweise liegt die Ursache für ein Fehlurteil dann meist darin, daß den besonderen Umständen des Einzelfalles zu große Bedeutung beigemessen wurde (2).

In diesen scheinbar vorteilhaften Eigenschaften sind jedoch zugleich die entscheidenden Nachteile der subjektiven Abgrenzungstheorie enthalten, aus denen sich ergibt, daß eine der gesetzlichen Regelung entsprechende Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme anhand des Beteiligungswillens nicht erfolgen kann.

Das Gesetz beschreibt die Beteiligungsformen nach objektiven Gesichtspunkten: Z. B. ist derjenige gemäß § 49 als Gehilfe zu bestrafen, der "durch Rat und Tat wissentlich Hilfe geleistet hat". Obwohl das Gesetz also gerade nicht an den Gehilfenwillen anknüpft, schadet es in der Regel nicht, wenn die Abgrenzung nach subjektiven Merkmalen - dem Täter- bzw. Teilnehmerwillen - vorgenommen wird; denn solange die

1) BGHSt 13, 162
2) vgl. nur BGHSt 9, 203; 18, 87 (Stachinsky-Fall)

Vorstellung des Beteiligten vom Geschehen mit dem tatsächlichen Geschehen übereinstimmt, gibt sein Wille wie ein Spiegel die objektive Sachlage wieder.

Fallen jedoch einmal das tatsächliche Geschehen und der Wille auseinander, weil der Beteiligte sich über die gegebene Sachlage geirrt hat, kann die subjektive Seite für die Bestimmung der Beteiligungsform eben nicht entscheidend sein. Dies folgt schon aus dem allgemeinen Prinzip des Strafrechts, daß nicht die Gesinnung des Delinquenten, sondern sein tatsächliches Verhalten für die strafrechtliche Bewertung maßgebend ist (1).

Im übrigen läßt sich die Untauglichkeit der subjektiven Theorie zur Lösung dieser Irrtumsfälle auch an einem einfachen Fall darlegen: Wenn A und B eine Straftat begehen und jeder meint, daß er nur die Tat des anderen unterstützt und seinen Willen dem des anderen unterordnet, müßten beide als Teilnehmer zu bestrafen sein, wenn man den bei beiden vorliegenden Teilnahmewillen als entscheidend ansehen würde (2). Dieses für die subjektive Theorie wohl zwingende Ergebnis widerspricht dem fast einhellig vertretenen (Akzessorietäts-) Grundsatz, daß bei jedem Geschehen ein Täter vorhanden sein muß, d. h. Teilnahme ohne Haupttat nicht denkbar ist (3).

Um diesem Nachweis ihrer Untauglichkeit zu entgehen, wird die subjektive Abgrenzungstheorie neuerdings dahin modifiziert, daß der Wille nur insoweit berücksichtigt werden dürfe, als er nicht der objektiv

---

1) vgl. dazu weiter Gallas JZ 1960, 651; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 209
2) Roxin, Täterschaft, S. 55
3) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 78; a. A. Lüderssen S. 188 f

gegebenen Sachlage widerspreche (1). Damit wird jedoch die subjektive Theorie aufgegeben: Denn gerade dann, wenn die subjektiven Merkmale nicht mit den objektiven übereinstimmen, wird der objektive Bereich als für die Abgrenzung maßgebend hingestellt (2).

Auch die erwähnte enorme Flexibilität der subjektiven Theorie ist im Grunde genommen nur ein Zeichen ihrer Untauglichkeit zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Diese ist in der Schwierigkeit begründet, die Willensrichtung des Delinquenten zuverlässig festzustellen.
Bei den Begehungsdelikten gibt es zwar häufig Fälle, in denen sich der Täter- bzw. Teilnehmerwille des Handelnden aus seinem Tatbeitrag ablesen läßt; daß es aber gerade in Grenzfällen nicht leicht ist, von dem tatsächlichen Verhalten mit einer hinreichenden Sicherheit auf die "innere" Willensrichtung zu schließen, dürfte ohne weitere Erklärungen einzusehen sein.

Schwieriger ist diese Feststellung noch bei den Unterlassungsdelikten, wo das zu würdigende Verhalten darin besteht, daß der Verantwortliche die gebotene Handlung nicht vorgenommen hat; hier kann der Wille des Unterlassenden nur aus seinem begleitenden Tun (3) oder seiner Motivation (4) gefolgert werden.

---

1) Bockelmann, Untersuchungen, S. 120
2) Roxin, Täterschaft, S. 55
3) Dies übersieht Loewenheim (S. 45, 48), der bei Unterlassungsdelikten keinerlei objektiven Anknüpfungspunkt für den Beteiligungswillen wahrhaben will.
4) Gallas (JZ 1960, 651) sieht die Gesinnung des Unterlassenden als einzigen Anknüpfungspunkt an und übersieht dabei, daß gerade das die Unterlassung begleitende Tun Aufschluß über den Willen des Delinquenten gibt, etwa das Weglocken von hilfsbereiten Personen oder das Einreden auf andere Beteiligte.

Während B seine Mutter C mit dem Beil erschlägt, bleibt der Familienvater A untätig.

Das strafbare Tun des B enthält deutliche Anhaltspunkte dafür, daß er sich als Täter fühlt: Er ergreift die Initiative zur Tat und führt sie eigenhändig aus. Demgegenüber lassen sich aus dem garantenpflichtwidrigen und somit strafbaren Unterlassen des A keine solchen Hinweise auf seine Willensrichtung entnehmen, denn es handelt sich hierbei ja nicht um ein reales, wahrnehmbares Verhalten (1).

Dieser Schwierigkeit begegnet die subjektive Theorie bei allen Unterlassungsdelikten, denn der Unterlassende kann durch das strafbare Verhalten seinen Willen eben nicht "äußern". Es bleibt nur der Ausweg, die Einstellung des Unterlassenden zu der Tat von den Begleitumständen abzulesen, insbesondere von seinem Tun während des Unterlassens.
In dem obigen Beispiel könnte also daran angeknüpft werden, ob A angewidert wegschaute oder aufmerksam und zustimmend der Tat seines Sohnes zusah.

Daß dies die Anwendbarkeit der subjektiven Theorie bei den Unterlassungsdelikten bedeutend erschwert und zudem eine große Fehlerquelle darstellt, ist offenbar und läßt diese Abgrenzungsmethode nicht als sehr geeignet erscheinen.

Um auch in solchen Fällen, in denen die Bestimmung der Willensrichtung der Beteiligten auf erhebliche Schwierigkeiten stößt, das angenommene Ergebnis auf

---

1) vgl. unten S. 425

die subjektive Theorie stützen können, wurde sie in vielen Entscheidungen des Reichsgerichtes (1) nur noch formelhaft und ohne überzeugende Fundierung angewendet.
Dieser Weg kann auf keinen Fall als Ausweg aus den Schwierigkeiten der subjektiven Theorie akzeptiert werden. Mit Recht ist diese Entleerung heftig von der Lehre (2) und auch von der späteren Rechtsprechung selbst (3) kritisiert worden.

Einen anderen Ausweg suchten die neuere Rechtsprechung und mit ihr ein Teil der Lehre damit, daß sie objektive Merkmale aufstellten, die den Täter- bzw. Teilnehmerwillen nachweisen sollten. Als solche Indizmerkmale galten insbesondere die eigenhändige Tatbestandserfüllung (4) und die Tatherrschaft (5). Um den Einwand zu entkräften, hierdurch sei die subjektive Theorie zu einer objektiven geworden, bezeichnet man keines der Merkmale als das entscheidende, sonderr alle als mögliche Anzeichen für den Täter- oder Teilnehmerwillen (6). Hierdurch schaffen sich die Vertreter der subjektiven Theorie die Freiheit, die Abgrenzungsmerkmale der objektiven Theorien nach Belieben anzuwenden oder unberücksichtigt zu lassen.
Dieser Kunstgriff (7), der die subjektive Theorie im Gegensatz zu den starren objektiven Theorien in die

---

1) z. B. RGSt 37, 55, 58; 54, 152, 153; 57, 307, 308
2) Welzel, Lehrbuch, § 15 IV 2 b; Roxin, Täterschaft S. 54; Max-Ernst Meyer, Lehrbuch, S. 402; Hartung JZ 1954, 430; Baumann NJW 1962, 376
3) BGHSt 8, 393; vgl. auch Baumann, Lehrbuch S. 495 f
4) BGHSt 8, 70, 73; 8, 393, 396, 398; vgl. auch Bockelmann, Untersuchungen, S. 120/121
5) BGHSt 8, 393, 396; 13, 162, 166
6) BGHSt 8, 393, 396; 9, 370, 380; 16, 12, 15
7) vgl. dazu Welzel, Lehrbuch, § 15 IV 2 b

Lage versetzt, auf jeden Sonderfall besonders einzugehen (1), hat es ermöglicht, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes sowie der unteren Gerichte im Ergebnis nur selten zu beanstanden sind. Die sehr erfahrenen Gerichte konnten nämlich das von ihnen aufgrund der Sachlage als billig empfundene und deshalb beabsichtigte Ergebnis in jedem Fall mit Hilfe eines der Indizmerkmale "begründen", weil sie sich an keines ausschließlich gebunden fühlten.

Dadurch wird die subjektive Theorie aber als Abgrenzungslehre völlig ungeeignet, denn so kann sie ihre eigentliche Funktion, Täterschaft und Teilnahme nach dem Willen des Gesetzes voneinander abzugrenzen, nicht erfüllen. Sie setzt vielmehr voraus, daß die konkrete Beteiligungsart bereits festgelegt ist und ermöglicht durch die Heranziehung von verschiedenen, beliebig austauschbaren Merkmalen die nachträgliche Rechtfertigung dieses Ergebnisses.

Weil die subjektive Theorie eben kein klares und festes Schema zur Abgrenzung der Beteiligungsarten anbietet, sondern nur eine sehr dehnbare Wertskala (2), ist sie als Abgrenzungstheorie wertlos: Sie verhilft dem Gesetz nicht dadurch zur Geltung, daß sie die vorgegebene Abgrenzung der Beteiligungsarten konkretisiert und damit für den Einzelfall anwendbar macht, sondern sie verschleiert die gesetzliche Differenzierung und bereitet dadurch der richterlichen "Rechtsschöpfung" den Weg.

---

1) vgl. oben S. 156
2) so besonders BGH JZ 1955, 304, 305

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die subjektive Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme aus zwei Gründen untauglich ist: Zum einen ist ihr subjektiver Ausgangspunkt verfehlt, und zum anderen wird durch sie keine gesetzentsprechende Abgrenzung herbeigeführt, diese vielmehr allein dem richterlichen Wertgefühl überlassen.

b. Die Tatherrschaftstheorie (Kielwein, Woerner)

Nachdem der Gedanke der Tatherrschaft in fast allen objektiven (1) Abgrenzungstheorien zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Begehungsdelikten Eingang gefunden hatte (2), lag es nahe, auch bei den Unterlassungsdelikten die Beteiligungsarten nach diesem Merkmal zu differenzieren.
Diesen Weg ist ein bedeutender Teil der Lehre gegangen (3): Der Unterlassende soll nur dann als Täter bestraft werden können, wenn er das ablaufende Geschehen beherrscht. Nach Ansicht aller Vertreter dieser Theorie soll die Tatherrschaft des Unterlassenden davon abhängen, ob ein Handelnder, der die Tat beherrscht, das Geschehen auf den Erfolg hinlenkt. Solange der Handelnde die Herrschaft über die Straftat besitzt, soll der Unterlassende nur Gehilfe sein;

1) Auch die subj. Theorie zog das Merkmal der Tatherrschaft - sogar vorwiegend bei Unterlassungsdelikten - heran, um damit ihren subjektiven Ausgangspunkt zu stützen; vgl. BGH LM Nr. 10 zu § 47, BGH MDR 1960, 939, 940 und die oben auf S. 160 genannten Entscheidungen
2) Zu dieser Entwicklung vgl. Roxin, Täterschaft, S. 1[illegible]
3) Maurach AT § 52 II A 2 a; Jescheck, Lehrbuch, § 64 II 5; Kielwein GA 1955, 227; Woerner S. 51 f

verliert der Handelnde die Tatherrschaft (1), besitzt er gar keine oder steht der Unterlassende allein dem Geschehen gegenüber, so soll dieser als der Inhaber der Tatherrschaft für den Erfolg als Täter verantwortlich sein.

Diese Theorie wird sowohl wegen ihres Ausgangspunktes als auch wegen ihrer Ergebnisse heftig bekämpft.

Viele Autoren halten es aus grundsätzlichen Erwägungen für verfehlt, zur Abgrenzung der Beteiligungsarten bei den Unterlassungsdelikten an die Tatherrschaft anzuknüpfen. Gallas beruft sich auf seine Definition der Tatherrschaft, derzufolge der Tatherr durch planmäßig gesteuerten Einsatz der geeigneten Mittel die Tat in der Hand hält; da ein Unterlassender keine Tatmittel "einsetzen" könne, besitze er auch nie die Tatherrschaft (2).
Als Erwiderung hierauf braucht nur wiederholt zu werden, was bereits oben zu dem gleichlautenden Argument von Grünwald gesagt wurde (3): Der auf Begehungsdelikte zugeschnittene Tatherrschaftsbegriff kann nicht einfach als absoluter Maßstab an die Unterlassungsdelikte angelegt werden, ohne daß die in der besonderen Struktur des Unterlassens begründeten Eigenarten dieser Verhaltensart berücksichtigt werden: Wenn der Unterlassende also keine Tatherrschaft im Sinne der Begehungsdelikte besitzen kann, so sagt dies noch nichts darüber

---

1) Woerner (S. 58 f) sieht eine weitere Ausnahme dann vor, wenn der Unterlassende unmittelbar in das Geschehen eingreifen könnte, ohne in den von dem Handelnden beherrschten Bereich eindringen zu müssen.
2) Gallas JZ 1952, 372; JZ 1960, 686 f
3) s. oben S.7

aus, ob er nicht - eben als Unterlassender - in anderer Weise das Geschehen beherrschen kann.

Weiterhin wird behauptet, daß der Unterlassende eine Tat schon deshalb nicht "in der Hand halten" könne, weil sich ein Tatverlauf durch bloßes Nichtstun eben nicht beherrschen lasse (1). Dieses Argument klingt überzeugend, zumal die Figur des Tatherrn durchweg anhand von Begehungsdelikten illustriert wird und sich demzufolge das Bild des Delinquenten eingeprägt hat, der seinen Verbrechensplan durch zielbewußtes Eingreifen an dieser und jener Stelle des Kausalverlaufes zum Erfolg führt. Daß ein Unterlassender diesem Bild nicht entsprechen kann, ist nur selbstverständlich.
Der entscheidende Faktor der Tatherrschaft muß jedoch nicht unbedingt auf diesem Eingreifen beruhen: Der "mittelbare Täter", der z. B. das irrende Werkzeug zur entscheidenden Handlung überredet hat, hält die Tat nicht wegen dieses Anstoßes, sondern kraft seines weiterreichenden Wissens "in der Hand". Da in diesem Fall die Tatherrschaft des Handelnden "allein auf der Macht des steuernden Willens" beruht (2), liegt der Schluß nahe, daß diese Stellung des Handelnden auch von einem Unterlassenden eingenommen werden kann. Dies läßt sich leicht mit einem entsprechenden Fall [illegible]:

> A, der seinen geladenen Revolver auf dem Tisch liegen ließ, beobachtet, wie B mit der Waffe, die er offensichtlich für ein Spielzeug hält,

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 463; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 105
2) Roxin, Täterschaft, S. 142

auf C zielt und abdrücken will, um diesen zu erschrecken. Weil A den C nicht leiden kann, gönnt er diesem eine schwere Verletzung und fällt dem B nicht in den Arm.

A steht hier im Zentrum des Tatgeschehens, weil er gegenüber dem handelnden B weiterreichende Tatkenntnisse besitzt und entgegen seiner Handlungspflicht (1) nicht eingreift, um den gewünschten Erfolg herbeizuführen. Es ist somit durchaus möglich, daß die Herrschaft des Delinquenten über den Tatverlauf nicht unbedingt an das aktive Tun gebunden ist (2).

Können die grundsätzlichen Bedenken also nicht durchdringen, so bleibt noch zu prüfen, ob der Tatherrschaftsbegriff des Unterlassenden, so wie er von den Vertretern dieser Theorie herausgebildet wurde, zutreffend definiert und für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme brauchbar ist.
Parallel zum gebräuchlichen Tatherrschaftsbegriff der Begehungsdelikte, der ja überwiegend von dem Eingriff des Handelnden in das Geschehen ausgeht, knüpft man bei den Unterlassungsdelikten allein an die Eingriffsmöglichkeit des Unterlassenden an: Dieser soll das Tatgeschehen dann beherrschen, wenn der Eintritt des Erfolges ausschließlich von seinem Verhalten abhängt (3) bzw. von ihm durch unmittelbare - d. h. nicht durch fremde Tatherrschaft behinderte - Geschehensbeeinflussung abgewendet werden kann (4).

---

1) Da der Besitzer einer Waffe verpflichtet ist, diese verschlossen zu halten, wird man die Garantenpflicht aus vorangegangenem gefährdenden Tun bejahen müssen; vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 260 f
2) ebenso Woerner S. 49
3) Kielwein GA 1955, 227; auf ihn berufen sich Maurach, AT § 52 II 2 a; Jescheck, Lehrbuch, § 64 II 5; vgl. dazu unten S. 204
4) Woerner S. 83

Gegen diese Verknüpfung des Tatherrschaftsbegriffes mit der Eingriffsmöglichkeit wenden sich die Kritiker der Tatherrschaftstheorie mit zwei Argumenten. Einmal wird beanstandet, daß aus der Eingriffsmöglichkeit gar keine tatsächliche, sondern nur eine "potentielle Tatherrschaft" des Unterlassenden über das ablaufende Geschehen abgeleitet werden könne (1).

Diesem Argument wird man sich nicht verschließen können. Wenn man nämlich bei den Begehungsdelikten den Tatherrschaftsbegriff mit dem lenkenden Eingreifen des Handelnden verbindet, so baut man auf einer realen Herrschaftsbeziehung zwischen dem Delinquenten und dem Tatverlauf auf. Demgegenüber stellt schon das Wort "Erfolgsabwendungsmöglichkeit" klar, daß hier keine tatsächliche, sondern nur eine hypothetische Beziehung zwischen dem Unterlassenden und dem Geschehen über die "Tatherrschaft" entscheiden soll. Da der Faktor des - bei Begehungsdelikten tatherrschaftsbegründenden - lenkenden Eingreifens bei Unterlassungsdelikten nur in der Form der tatsächlich nicht wahrgenommenen Möglichkeit der pflichtgemäßen Erfolgsabwendung wiederkehrt (2), kann mit diesem Ansatzpunkt nur eine potentielle Beziehung des Unterlassenden zu rechtstreuem, nicht aber eine reale Beziehung zu dem zu beurteilenden rechtswidrigen Verhalten festgestellt werden.

---

1) Gallas JZ 1952, 371; Roxin, Täterschaft, S. 464; auch Woerner S. 46

2) Besonders deutlich zeigt dies Woerners Formel (S. 83): "Ein Garant ist Herr der Tat, wenn er im Falle pflichtgemäßer Erfolgsabwendung das Sachgeschehen zweckhaft in den Händen hielte."

Es wird weiter auffallen, daß nach dem "Umkehrprinzip" (1) die potentielle Tatherrschaft der realen Tatherrschaft des Handelnden entspricht; dadurch wird deutlich, daß die "entsprechende" Erscheinung der Begehungstäterschaft bei Unterlassungsdelikten nicht an das rechtswidrige, sondern an das - "umgekehrte" - rechtmäßige Tun anknüpft. Die Figur des Tatherrn soll jedoch Aufschluß darüber geben, wer das rechtswidrige Geschehen beherrscht und deshalb als Zentralfigur die Täterstrafe verdient, und die Prüfung der potentiellen Tatherrschaft beim Unterlassenden ist somit vom Ansatz her verfehlt, weil sie nach der Zentralfigur des rechtmäßigen Geschehens sucht.
Woerners Behauptung, ein Garant sei Herr der Tat, wenn er im Falle pflichtgemäßer Erfolgsabwendung das Sachgeschehen zweckhaft in den Händen hält (2), ist also von dem Ansatzpunkt ihrer Bewertung her unrichtig, weil sie eben allein an das hypothetische, rechtmäßige Verhalten anknüpft und nicht darauf, welche Beziehung der Unterlassende zu dem tatsächlichen und von ihm zu verantwortenden Geschehen besitzt.
Hiermit soll jedoch nicht gesagt werden - und das sei ausdrücklich hervorgehoben -, daß die Erfolgsabwendungsmöglichkeit keinerlei Bedeutung für die Stellung des Unterlassenden im Geschehen besitzen kann; Gegenstand dieser Kritik am Begriff der potentiellen Tatherrschaft

---

1) Vgl. oben S. 13 ff; zu weiteren Folgerungen aus dem Umkehrprinzip vgl. Kaufmann, Dogmatik, S. 295 und Androulakis S. 164; hier wird sogar der Gedanke erwogen, ob nicht der Unterlassende, der den Handelnden aufgrund der Erfolgsabwendungsmöglichkeit "außer Gefecht setzen" kann, noch stärker als der Handelnde das Geschehen beherrsche, und dieser infolgedessen nicht sogar als Gehilfe und der Unterlassende als Täter anzusehen sei!
2) Woerner S. 83

ist vielmehr, daß er auf einer falschen Bewertungsgrundlage beruht, nämlich auf dem rechtmäßigen Tun.

Das zweite gegen die Ableitung des Tatherrschaftsbegriffs gerichtete Argument ist jedoch unbegründet. Darin wird behauptet, daß der auf der Erfolgsabwendungsmöglichkeit basierende Begriff der Tatherrschaft schon deshalb für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme der Unterlassungsdelikte untauglich sei, weil nach einhelliger Ansicht (1) die Erfolgsabwendungsmöglichkeit notwendiger Bestandteil jedes strafbaren Unterlassens ist (2) und somit bei jedem Unterlassenden - gleich ob Täter oder Teilnehmer - vorhanden sein muß.
Dieser Einwand wäre dann zutreffend, wenn potentielle Tatherrschaft und Erfolgsabwendungsmöglichkeit deckungsgleich, also alle zur Abwendung des Erfolges fähige Unterlassende auch potentielle Tatherren wären, und dadurch jedes strafbare Unterlassen zwangsläufig zu einer täterschaftlichen Verantwortlichkeit führen würde.
Das trifft jedoch für keine der beiden oben genannten Definitionen der Tatherrschaft des Unterlassenden zu (3): Der Unterlassende soll nämlich Tatherr sein, wenn er "nur noch allein" bzw. "durch unmittelbares Eingreifen" den Erfolg abwenden kann und nicht schon dann, wenn er "überhaupt" zur Erfolgsabwendung in der Lage ist. Entscheidend soll also nicht das "ob",

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 86 mwN
2) Gallas JZ 1952, 372; JZ 1960, 686; Roxin, Täterschaft, S. 464; Loewenheim S. 49; Lubberg S. 69; Kaufmann, Dogmatik, S. 294
3) s. oben S. 165 zu Anm. 3 und 4

sondern das "wie" der Erfolgsabwendung sein (1); dieses Merkmal wird durch die genannten Kriterien eingeschränkt, so daß durchaus noch Fälle strafbaren Unterlassens ohne solche Tatherrschaft bestehen bleiben können.

Obwohl der Begriff des potentiellen Tatherrn bereits aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt werden muß, sollen auch noch die Abgrenzungsergebnisse dieser Theorie im einzelnen kritisch betrachtet werden. Sie werden nämlich auch von den Gegnern dieser Theorie respektiert (2) und decken sich teilweise sogar mit den Ergebnissen anderer Abgrenzungstheorien (3).
Die beiden unterschiedlichen Definitionen der potentiellen Tatherrschaft führen teilweise zu abweichenden Abgrenzungen von Täterschaft und Teilnahme; sie sollen deshalb vorerst getrennt behandelt werden.

Nach Kielweins Meinung hat der Unterlassende das Tatgeschehen nur dann in der Hand, wenn der Eintritt des strafrechtlichen Erfolges ausschließlich von seinem Verhalten abhängt, er also allein über das "ob" der Tatvollendung entscheidet (4). Die hieraus abzuleitende Grenzziehung zwischen Unterlassungstäterschaft und -teilnahme erscheint zunächst bei der Beteiligung

---

1) Woerner S. 47; er verkennt allerdings, daß auch Kielwein eine solche Einschränkung der Eingriffsmöglichkeit vornimmt; dessen Formulierung auf S. 227, daß der potentielle Tatherr "allein noch über das "Ob" der Tatvollendung entscheidet", ist insoweit irreführend; sie betrifft nur die Entscheidungsgewalt des Unterlassenden, als einziger über den Tatverlauf bestimmen zu können.
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 496; Gallas JZ 1960, 686
3) vgl. die wertorientierte Garantenpflichttheorie unten S. 199ffund die Gleichwertigkeitstheorie unten S. 207 ff
4) Kielwein, GA 1955, 227

eines Handelnden und eines Unterlassenden an ein und demselben Geschehen recht einleuchtend: Solange der Handelnde den Erfolg noch abwenden kann, soll der Unterlassende Gehilfe sein; kann der Handelnde jedoch überhaupt nicht oder nicht mehr in das Geschehen erfolgsverhindernd eingreifen, so soll der Unterlassende potentieller Tatherr und damit Täter sein.

Wenn diese Lösung auch den Beifall bedeutender Autoren findet (1), kann sie doch einer näheren kritischen Untersuchung nicht standhalten (2).

Zum einen ist nicht einzusehen, wieso der Verlust der Einwirkungsmöglichkeit auf seiten des Handelnden Einfluß auf die Stellung des Unterlassenden in dem Geschehen haben soll. Das soll am folgenden Beispiel dargelegt werden.

> C will den Staatsgast B mit einer Zeitbombe in die Luft sprengen, die er in die Staatskarosse eingebaut hat; A, der als Sicherheitsbeamter beim Staatsbesuch in untergeordneter Stelle eingesetzt ist, hat ihm dazu verschiedene Ratschläge erteilt. Als B mit der Staatskarosse durch das dichte Zuschauerspalier links und rechts der Straße fährt, stehen A in der ersten und C in der letzten Reihe der Jubelnden; die Bombe muß kurz, nachdem das Fahrzeug an A und C vorbeigefahren ist, explodieren. Keiner unternimmt etwas, und die Bombe tötet den Staatsgast.

---

1) Gallas JZ 1960, 687; Roxin, Täterschaft, S. 496; Grünwald GA 1959, 115; Kaufmann, Dogmatik, S. 296
2) vgl. auch die Darlegungen unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit unten S. 2o4 f

Wenn A beim Passieren des Fahrzeuges das Unglück allein hätte abwenden können, weil er das Fahrzeug anhalten und die Bombe entschärfen konnte und Warnrufe des C aus der letzten Reihe im Jubel untergegangen wären, müßte A als der potentielle Tatherr Täter sein, weil er noch allein über das "ob" der Tat entscheiden konnte. Dieses Beispiel macht deutlich, von welchen Zufällen die Täterstellung des Unterlassenden abhängen würde - ob etwa C noch durch die Zuschauerreihen bis auf die Straße vordringen konnte oder ob C einige Schritte weiter ebenfalls in der ersten Reihe stand.

Außerdem wirkt sich die Frage, ob der handelnde C den Erfolg noch abwenden kann, weder auf seine eigene Tatherrschaft aus (1) noch auf die Einwirkungsmöglichkeit des unterlassenden A; denn in jedem Fall wird C als Täter bestraft werden müssen und A in der Lage sein, den Erfolg durch die gebotene Handlung abzuwenden.
Schließlich - und das dürfte entscheidend sein - macht Kielwein die Täterschaft des Unterlassenden, wenn er an dessen alleinige Erfolgsabwendungsmöglichkeit anknüpft, von einer rein theoretischen Frage abhängig, die keine wirkliche Bedeutung für die Beurteilung eines Geschehens haben kann. In aller Regel besteht gar keine Aussicht dafür, daß der Handelnde den von ihm erstrebten und durch möglicherweise umfängliche Vorbereitungen eingeleiteten Erfolg plötzlich wieder abwendet; da er

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 311 ff; a. A. wohl Jescheck, Lehrbuch, § 64 II 5

auf den Taterfolg hin geplant und gehandelt hat, hat er deutlich gezeigt, daß er das Unrecht herbeiführen und nicht abwenden will. Damit ist die Frage nach der Erfolgsabwendungsmöglichkeit des Handelnden rein akademischer Natur. Eine Bedeutung für den handlungspflichtigen Unterlassenden, der mit einem Sinneswandel des Begehungstäters nicht rechnen und deshalb auch keine Erleichterung hinsichtlich seiner Verantwortlichkeit erfahren darf, kann sie angesichts ihrer Irrealität nicht haben. Es müßte sich ein für den Tatverlauf wirklich entscheidender Umstand in der Person des Handelnden geändert haben, falls dadurch die Stellung des Unterlassenden im Geschehen berührt werden sollte; hiervon kann bei der Frage, ob der Handelnde den von ihm selbst bezweckten Erfolg noch abwenden kann, keine Rede sein.

Zum anderen gelangt man mit Kielweins Abgrenzungsformel zu recht eigenartigen Ergebnissen, wenn einmal nicht der Normalfall des Nebeneinander von Begehungs- und Unterlassungsdelinquenten zu prüfen ist: Falls nämlich der Handelnde, der selbst nicht Tatherr ist, weil er die Verletzungskausalität weder angestoßen noch gelenkt hat, dem Unterlassenden nur rät, nicht rechtsgutschützend in das Geschehen einzugreifen, und beide den Erfolg noch abwenden können, müßte der Unterlassende als Gehilfe zu bestrafen sein, weil die Tatvollendung nicht allein von ihm abhängt; und auch der Handelnde könnte mangels Tatherrschaft nicht Täter sein, weil er das Geschehen nicht zielgerichtet gelenkt, sondern dessen Vollendung dem

Willen des B "anheimgestellt" hat. Man käme hier also - ebenso wie bei mehreren nebeneinander-verantwortlichen Unterlassenden - zu zwei Beihilfeverhalten ohne Haupttat, was nicht tragbar ist (1).

Woerner sieht - abweichend von Kielwein - den Unterlassenden als den Träger der potentiellen Tatherrschaft an, wenn er den Erfolg durch "unmittelbare - d. h. nicht durch eine fremde Tatherrschaft behinderte Geschehensbeeinflussung abwenden" kann (2). Dadurch, daß er die Tatherrschaft des Handelnden in seiner Formel berücksichtigt, vermeidet er die eben monierte Erscheinung der Teilnahme ohne Haupttat und entkräftet damit jenen Einwand. Außerdem erweitert er gegenüber Kielwein den Bereich der Unterlassungstäterschaft, indem er dem Unterlassenden auch dann, wenn der Handelnde selbst noch den Erfolg abwenden kann, die Tatherrschaft zuerkennt, sofern der Unterlassende zur Verhinderung des Taterfolges nur nicht in den vom Handelnden beherrschten Raum eingreifen muß (3). Diese Ausdehnung sei an einem Beispiel erläutert:

> A schickt den B mit einem Auftrag in den Teil einer unübersichtlichen Steingrube, in dem gerade die Vorbereitungen für eine Sprengung abgeschlossen sind, dann läuft A zum Auslösekontakt, um B mit der Sprengung zu töten. C ist der verantwortliche Sprengmeister in dem Steinbruch und beobachtet das Geschehen, ohne einzugreifen.

---

1) s. oben S. 157 und unten S. 236 f
2) Woerner S. 83
3) Woerner S. 58/59

Kielwein würde den C nicht als potentiellen Tatherrn ansehen, weil der Erfolg der Tötung nicht ausschließlich vom Verhalten des C abhängt, sondern A jederzeit sein Vorhaben aufgeben könnte. Nach Woerners Ansicht läge die potentielle Tatherrschaft des unterlassenden C vor - unabhängig von der Erfolgsabwendungsmöglichkeit des A -, wenn C den B mit einem Warnruf aus der Gefahrenzone holen könnte, bevor A die Sprengung auslöst - denn C dringt mit dem Warnruf nicht in den von A "beherrschten" Bereich ein. Wenn C den Erfolg dagegen nur noch dadurch verhindern könnte, daß er dem B den Zugang zum Auslösekontakt versperrt, dann fehlte ihm die potentielle Tatherrschaft.
An diesem Beispiel wird deutlich, welches Tatbild Woerner bei der Grenzziehung vorschwebt: Wenn der Unterlassende sich dem Handelnden entgegenstellen, ihn in seiner verbrecherischen Energie bremsen müßte, um den Erfolg noch abzuwenden, dann erinnert dieses Nichthindern an das Fördern eines Gehilfen (1); kann der Unterlassende dagegen ohne Einflußnahme auf die vom Handelnden gelenkte Kausalkette das Rechtsgut vor dem Angriff schützen, so steht er selbständig und unabhängig da - wie ein Täter.
Von Woerners Standpunkt aus gesehen steckt also eine Berechtigung in dieser Grenzziehung - und die unterschiedliche Bewertung des Unterlassens danach, ob der Erfolg mit Mühe und in Auseinandersetzung mit dem Handelnden oder mit Leichtigkeit hätte abgewehrt werden können, wird sicherlich für die Strafzumessung nicht unberücksichtigt bleiben (2).

---

1) vgl. dazu oben S.97
2) ähnlich wie beim positiven Tun die Frage, ob der Delinquent eine große verbrecherische Energie aufwenden mußte, oder ob schon ein geringer Kausalanstoß zur Verwirklichung des ohnehin schon drohenden Erfolges nötig war.

Woerners Ausgangspunkt aber ist es gerade, der beanstandet werden muß, denn er macht die Herrschaft des Unterlassenden über das rechtmäßige Verhalten und nicht über das tatsächliche, rechtswidrige Geschehen zur Grundlage seiner Theorie. Mit diesen Gedanken hätte er möglicherweise die Abgrenzungstheorien bereichern können, die wie die von Schröder und Gallas (1) auf Wertgesichtspunkten aufbauen; bei einer Theorie, die ausdrücklich von der Herrschaft des Verantwortlichen über das Tatgeschehen ausgehen will, sind Erwägungen über die Handlungsmöglichkeit des Unterlassens bei pflichtgemäßem Verhalten jedoch verfehlt - zumindest was die Herrschaft angeht.

Weiterhin läßt sich Woerners Begriff der potentiellen Tatherrschaft nicht mit den Tatherrschaftstheorien für Begehungsdelikte vereinbaren, denn so erhielte das Merkmal der Möglichkeit der Erfolgsabwendung, das sich bei den Begehungsdelikten eindeutig als untauglich für die Bestimmung der Täterschaft erwiesen hat (2), über den Umweg der Unterlassungsdelikte doch noch täterschaftsbegründende Wirkung.

> C will B an einem einsamen Ort töten; deshalb schickt er den A mit einer Nachricht zu B, um diesen an den Tatort zu locken. B geht nach dem Empfang der überbrachten Nachricht zu dem bestimmten Ort. Dort tötet C den B.

A kann aufgrund seines Tuns nur als Gehilfe behandelt werden, denn er hat eine untergeordnete Tätigkeit ausgeübt und könnte durch beliebige andere Personen ersetzt werden; daß er jederzeit den B warnen und damit

---

1) s. unten S. 199 ff und S. 207 ff
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 464, 312 ff

die Tat des C vereiteln kann, ändert nichts an seiner Nebenrolle.
Zur erschöpfenden Bewertung seines Gesamtverhaltens bei dieser Tat muß auch geprüft werden, ob ihm ein pflichtwidriges Unterlassen vorzuwerfen ist (1). Das trifft zu, denn durch das Überbringen der Nachricht hat er den B in eine gefährliche Lage gebracht und muß ihn aufgrund dieser Ingerenz vor der Gefahr schützen (2). Da A den B nach Aushändigung der Nachricht warnen und somit, ohne in den Herrschaftsbereich des C "eindringen" zu müssen, die Tat vereiteln konnte, wäre A nach Woerners Definition potentieller Tatherr und damit (Unterlassungs-) Täter.
Auf diese Weise - nämlich durch unmittelbares Warnen des Opfers - würden fast alle aktiven Teilnehmer an einer Straftat mit Hilfe der Erfolgsabwendungsmöglichkeit, die zur Begründung ihrer "Tatherrschaft durch positives Tun" nicht ausreicht, zu "potentiellen Tatherren" und müßten wegen des nachfolgenden pflichtwidrigen Unterlassens als Täter bestraft werden. Ein solches "Aufrollen" der Beteiligungslehre der Begehungsdelikte durch die Unterlassungstäterschaft (3) kann nicht dem Gesetz entsprechen, denn damit würden die Vorschriften über Anstiftung und Beihilfe praktisch überflüssig.

Abschließend muß noch Kritik an den Abgrenzungen beider Varianten der Tatherrschaftstheorie geübt werden, die im Grunde genommen jede Theorie trifft, welche von

---

1) s. unten die Ausführungen zur Konkurrenz und Abgrenzung von Tun und Unterlassen auf S.425 und 436
2) Da A die Anfälligkeit des Opfers B beherrscht, müßte auch Schünemann bei Ablehnung der Ingerenz-Haftung hier eine Garantenpflicht bejahen (vgl. Schünemann S. 349 f). - Die §§ 138, 330 c sind gegenüber den §§ 211 ff subsidiär und sollen hier unberücksichtigt bleiben.
3) so Grünwald GA 1959, 114

demselben oder einem ähnlichen Prinzip ausgeht. Diese Grenzziehung wird nämlich nicht allen Konstellationen der Unterlassungsdelikte gerecht. Das läßt sich leicht anhand von Beispielsfällen und einigen ausdrücklich fixierten Unterlassungstatbeständen darlegen: Wenn z. B. die Mutter untätig zusieht, wie ein Dritter das ungeliebte Kind tötet, dann steht sie genauso im Zentrum des Geschehens, als wenn der Angriff von einem Tier oder einer Naturgewalt ausgeht (1); denn die Mutter soll das Kind vor jeder Gefahr schützen, gleichgültig woher diese kommt oder ob ein Dritter sie beherrscht.

Es läßt sich noch eine Anzahl weiterer Beispiele zu dieser Konstellation aufführen, bei der die Stellung des Garanten im Tatgeschehen unabhängig von seiner "Tatherrschaft" ist, er also auch ohne beherrschenden Einfluß auf den Tatverlauf eine Schlüsselstellung innehat: Etwa die Stellung des Krankenhausarztes gegenüber dem eingelieferten Patienten, des Vermögensverwalters gegenüber dem von ihm zu betreuenden Vermögen. Für den letzten Fall läßt sich schon der Straftatbestand des § 266 als Beleg dafür anführen, daß der Gesetzgeber die täterschaftliche Verantwortlichkeit nicht von einer tatbeherrschenden Stellung abhängig macht, sondern die auf irgendeine Weise verursachte und von dem Treuhänder aufgrund seiner Pflichtverletzung zu verantwortende Vermögensschädigung genügen läßt (2). Auch die gesetzlichen Beispiele lassen sich vermehren, z. B. durch die §§ 121, 143, 221, 347.

---

1) s. Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 107; Gallas JZ 1960, 687 Anm. 69
2) vgl. BGH JR 1966, 185; Schönke-Schröder, § 266 RN 36; Welzel, Lehrbuch § 55 B; Roxin, Täterschaft, S. 353

Schließlich müssen in diesem Zusammenhang noch die §§ 138, 330 c erwähnt werden, durch welche die Handlungspflichtigen ohne Rücksicht auf ihre "Tatherrschaft" beim Unterlassen der gebotenen Handlung als Täter bestraft werden (1). In all diesen Fällen muß eine Theorie versagen, die bei der Bestimmung der Beteiligungsart des Unterlassenden von dem Maße seiner Einwirkungsmöglichkeit auf das Tatgeschehen ausgeht, weil hier offensichtlich andere Prinzipien für die Täterschaft bzw. Teilnahme entscheidend sind.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß eine Tatherrschaft des Unterlassenden nicht von vornherein ausgeschlossen ist, daß sie jedoch - wie immer sie auch definiert werden mag - nicht bei allen Arten strafbaren Unterlassens zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme tauglich ist. Die Tatherrschaftstheorie in ihren beiden oben besprochenen Varianten kann dieses Problem auf keinen Fall befriedigend lösen, da ihr Ausgangspunkt verfehlt und die Ergebnisse ihrer Grenzziehung teilweise untragbar sind.

c. Die Pflichtdeliktstheorie (Roxin)

Der Gesetzgeber ist bei der Normierung des seiner Ansicht nach strafwürdigen Verhaltens nur an wenige, vom Wesen der zu regelnden Materie abhängige Grundsätze gebunden; im übrigen aber ist er bei der Ausgestaltung der Norm weitgehend frei. Deshalb kann die Erfüllung von Straftatbeständen von recht unterschiedlichen

1) Das wird von Kielwein zwar auch so gesehen (GA 1955, 228 f), er vermag aber nicht zu erklären, wie dies mit seiner Tatherrschaftstheorie zu vereinbaren ist.

Voraussetzungen abhängen. In Anbetracht dieser möglichen Vielgestaltigkeit der Strafnormen hat Roxin nachgewiesen, daß Täterschaft und Teilnahme bei allen Delikten nicht durch ein einheitliches Merkmal voneinander abgegrenzt werden können. Er hat vielmehr die Straftatbestände drei Deliktsgruppen zugeordnet, die jeweils übereinstimmende Voraussetzungen für die täterschaftliche Erfüllung des Tatbestandes enthalten: Bei den Herrschaftsdelikten muß der Täter die Tat beherrschen, bei den Pflichtdelikten eine besondere Pflicht verletzen und bei den eigenhändigen Delikten den Tatbestand eigenhändig erfüllen (1).
Die Unterlassungsdelikte ordnet er der Gruppe der Pflichtdelikte zu, "weil nicht jeder Unterlassende als Täter in Frage kommt, sondern immer nur derjenige, den eine konkrete Pflicht zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges trifft" (2). Da diese Erfolgsabwendungspflicht "normalerweise" auch Strafbarkeitsvoraussetzung für das Unterlassen ist, muß nach dieser Theorie der zu bestrafende Unterlassende regelmäßig Täter sein (3).

Teilnahme durch Unterlassen soll es nach den weiteren Ausführungen Roxins nur dann geben, wenn der Unterlassende den Straftatbestand nicht vollständig erfüllen kann (4) oder wenn trotz fehlender Erfolgsabwendungspflicht das Unterlassen einer positiven Tatförderung entspricht (5). Um allen Fällen strafbaren Unterlassens, die dieser weite Täterbegriff erfaßt, gerecht zu werden, will Roxin den Unterlassungstäter

1) Roxin, Täterschaft, S. 433 f (Zusammenfassung)
2) Roxin, Täterschaft, S. 459; ebenso, allerdings mit Einschränkungen, B_indokat NJW 1960, 2318
3) Roxin, Täterschaft, S. 468
4) Roxin, Täterschaft, S. 477 ff
5) Roxin, Täterschaft, S. 485 und siehe oben S. 99 ff

nicht nach dem vollen Strafrahmen der Tatbestände des Besonderen Teils bestrafen, sondern wegen der Ungleichwertigkeit von Tun und Unterlassen eine fakultative Strafmilderung entsprechend den Beihilfegrundsätzen schon nach geltendem Recht zulassen (1).

Dem Ausgangspunkt dieser Theorie ist ohne Vorbehalte zuzustimmen. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme kann _ abgesehen von den Leitlinien (2) - nicht nach allgemeinen, vorrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen, sondern muß von dem konkreten Straftatbestand und der darin zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung ausgehen (3). Hierbei ergeben sich für die Begehungsdelikte die drei genannten Gruppen der Herrschafts-, Pflicht- und eigenhändigen Delikte.

Der weiteren Ausgestaltung dieser Theorie, daß nämlich die Unterlassungsdelikte allesamt "Pflichtdelikte" und die handlungspflichtigen Unterlassenden demnach regelmäßig Täter seien, kann jedoch nicht gefolgt werden. Dagegen lassen sich Einwände in zwei Richtungen erheben: Begründung und Ergebnisse dieser Lehre können nicht überzeugen.

Nicht jeder, der es unterläßt, einen tatbestandsmäßigen Erfolg abzuwenden, kann für dieses Verhalten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Hierfür ist es vielmehr erforderlich, daß der Unterlassende gegen eine ihn treffende Handlungspflicht verstößt.

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 499 ff
2) s. oben S. 142 ff
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 386;
auch Mezger-Blei, StuB AT § 80 II 1

Erst durch diese Pflicht wird das Unterlassen aus dem strafrechtlich indifferenten Verhalten herausgehoben und in den Bereich strafrechtlich relevanten Verhaltens gestellt (1). Nach der Pflichtdeliktstheorie soll diese strafbegründende Handlungspflicht zugleich auch täterschaftsbegründende Wirkung haben, mit der Folge, daß der zu bestrafende Unterlassende in jedem Fall auch Täter ist; Unterlassungsteilnahme soll auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen das tatbestandliche Unrecht generell nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann (2).
Diese grundsätzliche Gleichsetzung strafbaren Unterlassens mit der Unterlassungstäterschaft widerspricht der weitaus überwiegenden Ansicht, daß ein Unterlassender auch als Randfigur an einem Geschehen beteiligt und damit nur Gehilfe sein kann (3). Die Gleichsetzung ist aber möglich, falls der Handlungspflicht bei der Bewertung des Unterlassens eine solch überragende Bedeutung zukommt, daß für die Berücksichtigung anderer Umstände kein Raum bleibt.
Diesen Nachweis hat die Pflichtdeliktstheorie nicht bringen können. Ihre Begründung besteht einerseits in der Behauptung, daß andere Abgrenzungsmerkmale als die Handlungspflicht, insbesondere die Tatherrschaft, für Unterlassungsdelikte nicht brauchbar seien (4); dies kann nur durch den Nachweis geeigneter Abgrenzungsmerkmale im Rahmen des eigenen Lösungsversuches widerlegt und deshalb hier noch nicht diskutiert werden. Andererseits meint Roxin, daß die

---

1) Dies gilt ohne Ausnahme und es gibt somit nicht den Fall des Unterlassens ohne Erfolgsabwendungspflicht, das als Beihilfe bestraft wird; vgl. dazu oben S.99 ff
2) s. Roxin, Täterschaft, S. 477 - 485 und oben S.44 ff
3) anders nur Grünwald, Kaufmann und Schönke-Schröder, s. oben S. 4 ff
4) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 462 ff, 489 ff

Handlungspflicht der strafbaren Unterlassenden sich als Abgrenzungsmerkmal wie von selbst anbiete und bei allen Unterlassungsdelikten zur Anwendung des Pflichttäterbegriffes führe (1).

Tatsächlich steht bei einer Reihe von Unterlassungsdelikten - besonders den kodifizierten - der Handlungspflichtige so sehr im Mittelpunkt des tatbestandlichen Unrechts, daß er allein um dieser Verpflichtung willen als Zentralgestalt des Geschehens und damit als Täter anzusehen ist - ohne Rücksicht auf das Gewicht seines Tatbeitrages (2). Hierzu zählen der Gefangenenwärter, der nicht gegen die Flucht oder Befreiung des ihm anvertrauten Gefangenen einschreitet (§§ 121, 347) und die unterhaltspflichtige Person, die den gesetzlichen Unterhalt nicht zahlt (§ 170). Auch nicht kodifizierte Unterlassungsdelikte lassen sich hier anführen, etwa wenn der Arzt den Einblick eines Unbefugten in die ihm anvertraute Krankengeschichte nicht verhindert (§ 300) (3). Hier ist die Handlungspflicht mit einer besonderen Beziehung zum Unrecht der Tat verbunden, die durch keine Tätigkeit eines Dritten verringert werden kann und den Pflichtigen stets als Zentralfigur des Geschehens erscheinen läßt.

Demgegenüber erscheint es schon bedenklich, bei den echten Unterlassungsdelikten (4) §§ 138, 330 c die Handlungspflicht als täterschaftsbegründendes Merkmal herauszustellen. Zwar erschöpft sich hier - wie

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 459 ff
2) vgl. die Erläuterung des Pflichtelements in den Pflichtdelikten bei Roxin, Täterschaft, S. 354
3) Schönke-Schröder, § 300 RN 7
4) zu dem Begriff vgl. oben S.68 ff

bereits dargelegt wurde (1) - das tatbestandliche Unrecht in der Nichterfüllung der Handlungspflicht. Die den Unterlassenden in den §§ 138, 330 c treffende Pflicht kann jedoch wohl kaum mit derjenigen der Pflichtdelikte gleichgesetzt werden; denn sie knüpft gerade nicht "an eine besondere Beziehung zum Unrechtsgehalt der Tat" (2) an, sondern trifft jeden, der außerhalb jeder Pflichtverhältnisse zum rechtswidrigen Erfolg steht. Und auch ihrem Inhalt nach entspricht sie nicht diesen Anforderungen: Es handelt sich nicht um eine "außerstrafrechtliche Pflicht", sondern nur um das Normgebot der §§ 138, 330 c, dessen Nichtbeachtung die vorgesehene Sanktion auslöst.

Damit drängt sich die Vermutung auf, daß bei diesen echten Unterlassungsdelikten das über die Täterschaft entscheidende Element nicht in einer besonderen Beziehung des Pflichtigen zum Unrecht des Tatgeschehens begründet ist, sondern darin, daß der Pflichtadressat nicht die geforderte Handlung vorgenommen hat (3).

Weiterhin ist wohl kaum einzusehen, warum bei der großen Masse der nicht kodifizierten Unterlassungsdelikte eine Differenzierung der Beteiligungsarten nach Beihilfe und Täterschaft ausgeschlossen sein soll. Hierbei ist insbesondere an die Fälle der Ingerenz zu denken, z. B. an den Revolver-Fall, der oben im Zusammenhang mit der Tatherrschaftstheorie besprochen wurde (4). Dort wurde auch festgestellt,

---

1) s. oben S. 27, 53 ff
2) Roxin, Täterschaft, S. 354
3) s. unten S. 489
4. s. oben S. 164 f

daß mit Hilfe des Tatherrschaftsmerkmales durchaus eine der Stellung des Unterlassenden entsprechende Abgrenzung durchgeführt werden kann: Wenn der Unterlassende, der den Sportrevolver auf dem Tisch liegen ließ, erkennt, daß der ahnungslos Handelnde mit der Waffe das Opfer verletzen wird, ist er aufgrund seines Wissens und der Möglichkeit, den Erfolg entsprechend seiner Garantenpflicht noch abzuwenden, Schlüsselfigur des Tatgeschehens. Benutzt der Handelnde demgegenüber den Revolver bewußt, um das Opfer zu töten oder zu verletzen, so wird der Unterlassende durch das finale Eingreifen des Handelnden aus seiner zentralen Rolle in die Stellung einer Nebenfigur gedrängt.
Da der Unterlassende aufgrund seiner Kenntnis vom Tatverlauf - verbunden mit der Erfolgsabwendungsmöglichkeit - die beherrschende Position in dem Geschehen einnimmt, die jedoch strukturell schwächer als die Tatherrschaft des Begehungstäters ist und deshalb von diesem verdrängt wird (1), steht auch bei den Unterlassungsdelikten ein für die Beteiligungsabgrenzung taugliches Herrschaftskriterium zur Verfügung, so daß die Bedenken Roxins in dieser Hinsicht behoben sind (2).

Auch das weitere Argument - der Tatherrschaftsgedanke könne von vornherein keinen Raum haben, weil die Strafbarkeit des Unterlassens die Verletzung der Erfolgsabwendungspflicht voraussetze (3) - vermag nicht zu überzeugen. Bei beiden Deliktsarten

---

1) s. unten S. 273
2) Roxin, Täterschaft, S. 463 ff
3) Roxin, Täterschaft, S. 462

steht nämlich - soweit es sich nicht um reine Verhaltenstatbestände handelt - der Schutz der Rechtsgüter im Vordergrund der strafrechtlichen Wertung (1), und es liegt deshalb nahe, in Fällen der Rechtsgutsverletzung bei beiden Verhaltensweisen die Beteiligungsarten nach dem Gewicht der Tatbeiträge zu differenzieren. Dieses grundlegende Differenzierungsprinzip kann zwar durch ein anderes Prinzip verdrängt werden, wenn das Gesetz von einer anderen Wertung ausgeht; dafür bedarf es aber besonderer Anzeichen.

Bei den Begehungsdelikten lassen sich die Pflichtdeliktsmerkmale aus den Tatbeständen entnehmen. Sie gelten insoweit sicherlich auch für Unterlassungsdelikte, so daß die Pflichttatbestände nur der Unterlassende als Täter erfüllen kann, der in der normierten, besonderen Beziehung zu dem tatbestandlichen Unrecht steht (2). Darüberhinaus jedoch jeden Garanten als Täter wegen Verletzung der ihn treffenden Handlungspflicht zu behandeln, erscheint nicht berechtigt, weil nicht jeder Garant in einer besonderen Beziehung zum Tatunrecht steht.

So ist es z. B. in dem Revolver-Fall bei dem Unterlassenden A: Gegenüber dem Leben oder der Gesundheit des Opfers befindet er sich in keiner besonderen, gegenüber anderen Tatbeteiligten hervorgehobenen Pflichtenstellung. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Person des Opfers oder die Art des verletzten Rechtsgutes vor dem konkreten Geschehen in keiner besonderen Beziehung zu ihm stand. Den A trifft nur

---

1) s. oben S. 25 f
2) s. Roxin, Täterschaft, S. 461 f, 480 f

hinsichtlich der Gefahrenquelle eine besondere Pflicht, die sich dahingehend auswirkt, die daraus entstehenden Gefahren für irgendwelche Rechtsgüter abzuwenden. Es besteht kein Anlaß, hieraus eine besondere Pflicht des Unterlassenden gegenüber dem Opfer abzuleiten, die ihn gegenüber anderen Personen hervorhebt, welche ebenfalls für die Gefahrenursache verantwortlich sind; denn erst durch diese Pflicht wird er ja in den Kreis der für die Rechtgutsverletzung Verantwortlichen hineingezogen.

Es wäre zwar denkbar, daß der Gesetzgeber durch eine besondere Vorschrift diese Art strafrechtlichen Verhaltens mit einem besonderen Gewicht belegt, um es über seine eigentliche, tatbezogene Bedeutung hinauszuheben - so wie er es auch nach geltendem Recht an verschiedenen Stellen tut (1). Da ein solcher gesetzlicher Anhaltspunkt jedoch bisher fehlt, kann der Tatbeitrag des Unterlassenden, der für eine Ursache der Rechtsgutsverletzung verantwortlich ist, nicht anders bewertet werden, als der Tatbeitrag eines Handelnden, der für eine andere Ursache verantwortlich ist.

Diese Erkenntnis, daß unter bestimmten Umständen nicht die Garantenpflicht, sondern das Gewicht des Beitrages des Unterlassenden am Tatgeschehen für die Bestimmung seiner Beteiligungsart entscheidend ist, hat auch in die Pflichtdeliktstheorie Eingang

---

1) vgl. z. B. in § 269 die Gleichsetzung des "Mitwirkens beim Absatz" mit der Hehlerei; oder in § 292 das "dem Wilde Nachstellen" mit der Wilderei.

gefunden - nur wird sie dort dem Problemkreis der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen zugeordnet. Den Anstoß für diese Überlegung gibt der Fall des Beteiligten, der zuerst dem Begehungstäter durch Ratschläge zur Tatverwirklichung geholfen hat und später dem weiteren Geschehensverlauf untätig zusieht (1). Wegen seines positiven Tuns, durch das er keine Tatherrschaft erlangt hat, ist dieser Beteiligte als Gehilfe zur Verantwortung zu ziehen und wegen des nachfolgenden Unterlassens wäre er nach der Pflichttheorie als Täter zu behandeln, weil ihn die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun trifft.

Daß dieses Ergebnis unbefriedigend ist, liegt auf der Hand: Die Teilnahmelehre würde hierdurch, wie Grünwald formuliert, "vom Unterlassungsdelikt her aufgerollt" (2), weil jede Anstiftung oder Beihilfe, die auf einem positiven Tun des Beteiligten beruht, aufgrund der nachfolgenden Unterlassung und der daraus abzuleitenden Unterlassungstäterschaft verdrängt würde. Außerdem wäre es ungerecht, dem Beteiligten, der durch sein Tun als Gehilfe zu bestrafen ist, die nach geltendem Recht mögliche Strafmilderung gem. § 49 Abs. 2 mit der Unterlassungstäterschaft abzuschneiden, obwohl in wegen des nachfolgenden Unterlassens kein erhöhter Vorwurf hinsichtlich des von ihm erfüllten Tatunrechts trifft (3).

---

1) s. oben den im Zusammenhang der Tatherrschaftstheorie besprochenen Zeitbombenfall auf S. 17o
2) Grünwald GA 1959, 114
3) Dies gilt grundsätzlich auch für das künftige Recht des 2. StrRG, weil die obligatorische Strafmilderung der Begehungsbeihilfe (§ 27 Abs. 2 Satz 2) wertmäßig von der bloßen Milderungsmöglichkeit der Unterlassungstäterschaft (§ 13 Abs. 2) überlagert wird.

Diesen Unstimmigkeiten hat die Pflichtdeliktstheorie dadurch Rechnung getragen, daß sie - unter Beibehaltung ihres Täterbegriffs - für jede Unterlassungstat schon de lege lata die Möglichkeit der Strafherabsetzung nach Beihilfegrundsätzen einräumt (1). Begründet wird dies damit, daß Tun und Unterlassen ungleichwertig seien und daß die daraus resultierende, generell geringere Strafwürdigkeit nicht durch eine Teilnahmelehre, sondern allein durch die Strafrahmenerweiterung berücksichtigt werden könne (2).
Das Problem der Strafzumessung ist hiermit in der Tat gelöst (3). Anzumerken ist jedoch, daß die dogmatische Begründung der Strafrahmenerweiterung - daß nämlich das Unterlassen in der oben geschilderten Fallgestaltung der Begehungsbeihilfe gleichzusetzen und deshalb auch der Strafrahmen des § 49 Abs. 2 heranzuziehen sei - nur so lange gültig sein kann, als in dieser Vorschrift die fakultative Strafmilderung vorgesehen ist. Sobald dagegen gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 des 2. StrRG für die Beihilfe eine obligatorische

---

1) siehe Roxin, Täterschaft, S. 501/502 und 503
2) Roxin, Täterschaft, S. 501
3) Es bleibt jedoch noch zu bedenken, daß durch die von Roxin vorgeschlagene Veränderung des Täterstrafrahmens für Unterlassungsdelikte die Entscheidung des Gesetzgebers in dieser Frage korrigiert wird. Die Strafrahmen, die das Gesetz nämlich ausdrücklich oder stillschweigend auch für Unterlassungsdelikte festgelegt hat, würden aus dogmatischen Gründen nach unten erweitert, ohne daß sich hierfür ein gesetzlicher Anhaltspunkt aufzeigen läßt.

Strafherabsetzung vorgeschrieben wird, muß diese Begründung entfallen (1).
Aber auch abgesehen von diesem, erst bei einer Gesetzesänderung durchgreifenden Vorbehalt sind noch weitere Bedenken gegenüber der "Gleichwertigkeitslösung" anzumelden.
Wenn der Unterlassende, der in der oben genannten Fallkonstellation zuvor durch positives Tun an der Straftat teilgenommen hat, weniger strafwürdig erscheint als der Handelnde, der - im Besitz der Tatherrschaft - das Unrecht herbeiführt, so liegt das nicht daran, daß sein Unterlassen hier weniger schwer wiegt als positives Tun, sondern daran, daß er nur eine Randfigur im Tatgeschehen darstellt. Durch das Unterlassen wächst nämlich seine Stellung nicht über die Bedeutung hinaus, die er aufgrund seines vorangegangenen Tuns einnimmt; die das Unterlassen in seinem strafrechtlichen Gehalt prägende Garantenpflicht basiert nur auf jenem Tun - mit dem Gebot nämlich, die dadurch entstandene Gefahr wieder abzuwenden -, und es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Garantenpflicht mehr Gewicht haben sollte als das zugrundeliegende Tun. Teilt man diese Ansicht, daß der Unterlassende in dem oben geschilderten Fall neben dem positiv Handelnden nur eine Nebenrolle im Tatablauf spielt, und berücksichtigt

---

1) Die generelle Strafrahmenerweiterung für Unterlassungsdelikte gem. § 13 Abs. 2 des 2. StrRG vermag dieses Problem zwar im Ergebnis zu lösen, eine entsprechende dogmatische Begründung wird hierdurch aber auch nicht gegeben, denn die Beihilfe soll ja gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 des 2. StrRG mit einer obligatorischen Strafmilderung versehen werden; so auch Herzberg, Unterlassung, S. 264. Zur Kritik der allgemeinen Gleichwertigkeitsregelung des § 13 Abs. 2 vgl. unten S.477.

man zudem noch die - bei der Lösung der Pflichtdelikte im Vordergrund stehende - geringere Strafwürdigkeit des Unterlassenden, so wird schon aufgrund dieser beiden Leitlinien deutlich, daß hier kein Problem der Gleichwertigkeit vorliegt, sondern ein Problem der Teilnahmelehre (1).

Aber selbst wenn diese Einwände gegen die Strafzumessungslösung nicht für erheblich gehalten werden, so muß sich die Pflichtsdeliktstheorie doch vorhalten lassen, daß mit dem Weg über die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen allenfalls nur eines der beiden genannten Probleme gelöst werden kann: Der Einwand, daß mit der lückenlosen Durchführung der Pflichtdeliktstheorie die "Teilnahmetheorie vom Unterlassungsdelikt her aufgerollt" wird, bleibt bestehen. Denn trotz der Strafrahmenerweiterung für das Unterlassungsdelikt bleibt ja das Ergebnis dieser Theorie unberührt, daß nämlich der Begehungsanstifter oder -gehilfe aufgrund seines nachfolgenden Unterlassens und der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun grundsätzlich Unterlassungstäter ist.
Wenn auch die Frage hinsichtlich des Strafmaßes durch die oben kritisierte Gleichwertigkeitslösung behoben sein mag, so trifft den Beteiligten der Vorwurf, an einem Delikt als Täter (durch Unterlassen) beteiligt zu sein, härter als der Vorwurf der Teilnahme (durch positives Tun). Ob die Strafe aus den

---

1) Die Leitlinie der geringen Strafwürdigkeit darf hier nur mit großer Vorsicht gebraucht werden; vgl. dazu oben S. 152

gemilderten Strafrahmen der (Begehungs-) Beihilfe oder der Unterlassungstäterschaft entnommen wird, ist unter diesem Gesichtspunkt gleichgültig; denn dogmatisch würde die Begehungsteilnahme eben doch von der Unterlassungstäterschaft überlagert.

Diese als untragbar angesehene Auswirkung der Pflichtdeliktstheorie soll mit Hilfe der Konkurrenzlehre von Tun und Unterlassen überbrückt werden, und zwar soll die neben der aktiven Beihilfe stehende Unterlassungstäterschaft subsidiär sein und von der Begehungsbeihilfe verdrängt werden (1). Das aber widerspricht der einhelligen Konkurrenzlehre, nach der die Täterschaft zwar die Teilnahme verdrängt, nicht aber umgekehrt die Teilnahme die Täterschaft (2); diese Regeln sind grundsätzlich auch beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen anwendbar (3). Hier wiederum den Gleichwertigkeitsgedanken heranzuziehen und zu sagen, die Unterlassungstäterschaft wiege weniger schwer als die Begehungsteilnahme und sei deshalb subsidiär, würde doch wohl diesen Gedanken überbewerten, nachdem er schon zur Strafrahmenherabsetzung verwendet wurde. Damit würde auch dem Unterlassenden gegenüber dem positiven Tun jede eigenständige Bedeutung genommen und praktisch nur noch eine Lückenbüßerfunktion zuerkannt. Und schließlich ist die Ansicht, die Unterlassungstäterschaft sei gegenüber der Begehungsbeihilfe subsidiär, kaum mit dem künftigen Recht des 2. StrRG zu vereinbaren: Gemäß der

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 503
2) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 61; Baumann, Lehrbuch, S. 535 und S. 568
3) s. unten S. 437 ff

Regelung des § 13 Abs. 2 gibt es nämlich Unterlassungen, auf welche die - volle - Täterschaft anzuwenden ist; diese müßten trotz ihrer höheren Strafe nach jener Ansicht hinter der Begehungsbeihilfe zurücktreten, bei der gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 ein geringerer Strafrahmen angewendet werden m u ß .
Diese Unstimmigkeit läßt sich auch durch andere Überlegungen nicht beheben, denn hier widerspricht eben jene Gleichwertigkeitsansicht der des Strafgesetzgebers.
Noch aus einem weiteren Grund erscheint es unangebracht, beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen das Verhältnis der beiden Verhaltensweisen anhand der Gleichwertigkeitserwägungen festzulegen (1): Wenn das vorangegangene, gefährdende Tun nur fahrlässig und das darauffolgende Unterlassen vorsätzlich im Hinblick auf die Erfolgsverursachung geschah, müßte der Delinquent wegen des "weniger schwerwiegenden Unterlassens" nur für das fahrlässige Tun bestraft werden (2), und der Vorwurf der vorsätzlichen Verantwortlichkeit für die Rechtsgutsverletzung müßte außer Betracht bleiben.

> A fährt den B fahrlässig mit dem Auto an, so daß B schwer verletzt wird. A erkennt, daß B nur bei schneller Hilfe am Leben bleiben wird; dennoch setzt A seine Fahrt fort, ohne dem B zu helfen. B verblutet.

---

1) Zu diesen Konkurrenzfragen im ganzen vgl. unten S. 436ff
S. 436 ff
2) Dies gilt natürlich nur, falls die Rechtsgüter Leben oder Gesundheit verletzt sind.

A ist gemäß § 222 wegen Tötung durch fahrlässiges Tun zu bestrafen. Das vorsätzliche garantenpflichtwidrige Unterlassen müßte als subsidiäres Verhalten unbeachtet bleiben. Weil hierdurch wesentliche, für die erschöpfende Würdigung des Gesamtunrechts notwendige Gesichtspunkte aus Konkurrenzgründen unbeachtet bleiben müssen, kann es nicht richtig sein, die Gesetzeskonkurrenz zwischen Tun und Unterlassen mit dem Gleichwertigkeitsgedanken zu verknüpfen.
Somit wäre die Korrektur der Pflichtdeliktstheorie hinsichtlich der Verdrängung der Unterlassungstäterschaft durch die Begehungsteilnahme nicht mit Hilfe der Konkurrenzlehre zu begründen. Da sie sich auch nicht auf andere Weise rechtfertigen läßt, kann der Vorwurf, daß durch die Pflichtdeliktstheorie die Beteiligungslehre dogmatisch "aufgerollt" werde, nicht entkräftet werden.

Und schließlich sei noch in einem letzten Punkt dargelegt, daß diese "Aufrollung" auch praktische Konsequenzen hat.

> A hilft dem B bei der Herstellung einer Giftmischung in der irrigen Annahme, B wolle damit den C töten; tatsächlich will B das Gift jedoch zur Rattenvertilgung im Haus des C verwenden. Als B mit dem fertigen Gift zu C fahren will, hält A ihn nicht auf und "warnt" auch nicht den C.

A hat sich vorgestellt, er würde mit seinem hilfreichen Zupacken bei der Giftherstellung einen durch B zu begehenden Totschlag unterstützen; er hat demnach mit seinem Tun einen straflosen Beihilfeversuch begangen. Gemäß seiner irrigen Geschehensvorstellung hat er durch sein Tun pflichtwidrig eine vermeintliche Gefahr für eine Rechtsgutsverletzung gesetzt,

die ihn als Garanten aus vorangegangem gefährlichen Tun zum erfolgverhindernden Eingreifen verpflichten würde; damit hat A den Versuch eines Unterlassungsdelikts begangen (1), der gemäß der Pflichtdeliktstheorie als Versuch der täterschaftlichen Verwirklichung des § 212 durch Unterlassen zu behandeln wäre. Das ansich strafbare Verhalten durch positives Tun würde also aufgrund der nachfolgenden Unterlassung doch noch zu einer strafrechtlichen Sanktionierung führen. Hiermit würde praktisch die Entscheidung des Gesetzgebers aufgehoben, den Beihilfeversuch generell nicht zu bestrafen und den Anstiftungsversuch nur unter besonders schwerwiegenden Umständen mit einer Strafdrohung zu belegen. Daß dieses Ergebnis keine Zustimmung finden kann - erst recht nicht, wenn man das Unterlassen im Regelfall für weniger schwerwiegend als das positive Tun hält -, bedarf keiner weiteren Ausführung (2).

Die Pflichtdeliktstheorie kann hier nicht mehr wie oben beim Zusammentreffen von Begehungsteilnahme und Unterlassungstäterschaft mit Hilfe der - hier abgelehnten - Gesetzeskonkurrenz korrigiert werden, weil eben der Teilnahmeversuch - bis auf die in § 49 a genannten Fälle - straflos ist und deshalb nicht mit dem strafbaren Versuch täterschaftlicher Unterlassung konkurrieren kann. Die Pflichtdeliktstheorie muß also diese merkwürdige Ergebnis in Kauf nehmen.

---

1) vgl. Stratenwerth, Lehrbuch, S. 280; Schönke-Schröder, Vorbem. § 43 RN 11

2) So auch Herzberg, Unterlassung, S. 260 zu Anm. 13; Roxin, Täterschaft, S. 505

Angesichts dessen kann man natürlich den Gesetzgeber kritisieren, daß er den Beihilfeversuch generell und den Anstiftungsversuch in der Mehrzahl der Fälle nicht mit Strafe belegt hat (1). Es erscheint aber recht bedenklich, an dieser Stelle mit der Kritik einzusetzen.
Die gesetzliche Differenzierung zwischen meist straflosem Teilnahme- und strafbarem Täterversuch ist - soweit ersichtlich - bisher nicht als unbillig empfunden worden. Gerade mit Rücksicht auf die Abgrenzungstheorien zwischen Vorbereitungshandlung und Anfang der Ausführungshandlung, wo die Grenzziehung zwischen straflosem und strafbarem Verhalten mehr oder weniger stark mit Hilfe des Merkmals der Gefährlichkeit des zu beurteilenden Verhaltens vorgenommen wird (2), erscheint diese Differenzierung berechtigt; denn der Teilnehmer steht eben nicht im Zentrum des gefährlichen Geschehens, sondern wirkt nur als Randfigur mit, und die von ihm ausgehende Gefahr ist regelmäßig geringer.
Zudem würde der Beihilfeversuch als nicht kausales Verhalten im Hinblick auf den Taterfolg dem Verhaltensdelikt näherstehen als der erfolgsbezogenen Beihilfebestimmung der bestehenden Gesetzesfassung (3), es mußte also eine neue, verhaltensgegebene Beihilfenorm geschaffen werden.
Weil das Gesetz also grundsätzlich nicht in diesem Punkt beanstandet werden kann, muß die Kritik wegen des unbefriedigenden Ergebnisses nicht das Gesetz, sondern die Pflichtdeliktstheorie treffen.

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 505
2) vgl. Schönke-Schröder, § 43 RN 7 ff, 12 mwN.
3) s. oben S. 113 f

Während schon an verschiedenen anderen Punkten Unstimmigkeiten aufgezeigt wurden, die jedoch mehr oder weniger überzeugend korrigiert werden konnten, führt die Pflichtdeliktstheorie hier zwangsläufig zu einer offensichtlichen Unrichtigkeit. Damit steht fest, daß sie die gestellte Aufgabe, das Unterlassen in die Beteiligungsvorschriften des Gesetzes einzufügen,-zumindest in diesem Punkt - nicht zufriedenstellend erfüllen kann.

Abschließend sei noch kurz auf die Auswirkungen der Pflichtdeliktstheorie in der Praxis eingegangen.
Da die Handlungspflicht des Unterlassenden als Täterschaftsmerkmal angesehen wird, ist die Unterlassungsteilnahme nur auf wenige Ausnahmefälle beschränkt. Es sollen jene Fälle sein, bei welchen das tatbestandliche Unrecht nicht durch bloßes Unterlassen erfüllt werden kann (1) und bei welchen den Unterlassenden keine - täterschaftsbegründende - Handlungspflicht trifft, das Unterlassen sich aber seiner sozialen Bedeutung nach als förderndes Tun darstellt (2). Das Gros strafbaren Unterlassens wird also undifferenziert als täterschaftliches Unterlassen behandelt. Weil dies - konsequent nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt - gerade im Hinblick auf die festzusetzende Strafe zu untragbaren Gegensätzen im Vergleich zur Beteiligungslehre der Begehungsdelikte führen würde, wird die

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 476 ff
2) Diese Lehre von der garantenpflichtlosen Beihilfe wurde hier abgelehnt, vgl. oben S. 99 ff Roxin, Täterschaft, S. 485 ff

Möglichkeit der Strafrahmenmilderung entsprechend der Beihilferegelung in § 49 Abs. 2 für die Unterlassungstäterschaft eingeführt und somit jegliches strafbare Unterlassen dem gleichen erweiterten Strafrahmen unterstellt.
Für die Praxis bedeutet dies, daß bei Unterlassungsdelikten der Bestimmung der Beteiligungsform - ausgenommen die Frage der Strafbarkeit des Unterlassungsversuches - keine praktische, sondern nur eine akademische Bedeutung zukommt. Die in der überwiegenden Zahl der Fälle allein interessierende Frage nach der festzusetzenden Strafhöhe wird dem Ermessen des Richters überlassen - obwohl gerade dies im Vordergrund der gesetzlichen Beteiligungsvorschriften steht.
Hier gleicht die Pflichtdeliktstheorie weitgehend der subjektiven Theorie (1); bei beiden Theorien kann der Richter beliebige Umstände zur Rechtfertigung seiner im Grunde genommen freien Entscheidung über die Art der Bestrafung heranziehen. Während jedoch die subjektive Theorie ihr fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessung gebildetes Ergebnis mit den Erwägungen über die Beteiligungslehre verbrämt, verschleiert dies die Pflichtdeliktstheorie nicht und befreit diese Frage von vornherein - fast - jeder strafrechtsdogmatischen Relevanz.
Der bereits gegenüber der subjektiven Theorie geäußerte Vorwurf muß aber auch gegenüber der Pflichtdeliktstheorie erhoben werden: Sie gibt dem Richter in dem zur Entscheidung stehenden Fall auf der einen Seite

---

1) vgl. die Ausführungen zur Flexibilität dieser Theorie oben S.158 f

keine Hilfestellung und auf der anderen Seite fast jede Freiheit bei der Bestimmung der vom Gesetz festgelegten Folgen der verschiedenen Beteiligungsformen.
Somit ist abschließend festzuhalten, daß an der Pflichtdeliktstheorie nicht nur ihre Begründung und Ergebnisse wegen Kritik geübt werden muß; auch in ihrer praktischen Handhabung entspricht sie nicht den Anforderungen, die an eine Beteiligungslehre zu stellen sind.

2. Lehren mit besonderen Abgrenzungsmerkmalen für Unterlassungsdelikte

Neben den drei geschilderten Lehren, die an die Gemeinsamkeiten von Tun und Unterlassen anknüpfen und die bei den Begehungsdelikten vertretenen Abgrenzungstheorien auf die Unterlassungsdelikte ausdehnen, gibt es auch solche Lehren, die sich bei der Frage der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gerade auf die Unterschiede zwischen den beiden Verhaltensarten berufen und auch darauf aufbauen.
Zu dieser letzten und im folgenden zu behandelnden Gruppe gehören auch die Lehren, die wegen der Verschiedenheit von Tun und Unterlassen die Anwendbarkeit der - vermeintlich nur Begehungsdelikte erfassenden - gesetzlichen Beteiligungsvorschriften auf Unterlassungsdelikte ablehnen. Soweit sie jede Differenzierung strafbaren Unterlassens ablehnen und nur den einheitlichen Begriff des Unterlassenden für

möglich halten, sind sie bereits oben dargelegt und kritisiert worden (1).
Soweit sie jedoch eine sinngemäße Übertragung der gesetzlichen Beteiligungsvorschriften auf die Unterlassungsdelikte für möglich halten und das Unterlassen demzufolge nach "Täter- und Beihilfeunwert" differenzieren (2), werden sie im folgenden Abschnitt ebenso wie die Befürworter der unmittelbaren Anwendung der §§ 47 ff auf Begehungs- wie Unterlassungsdelikte behandelt werden.
Oben wurde ja bereits dargelegt, daß die gesetzlichen Beteiligungsvorschriften - bis auf die Bestimmungen über die Anstiftung - für jede strafrechtliche Verhaltensweise gelten (3), und es braucht hierauf nicht mehr eingegangen zu werden; nur dort, wo aus diesen Fragen besondere Folgerungen zu ziehen sind, werden sie noch einmal kurz gestreift werden.

a. Die Gleichwertigkeitstheorie (Gallas)

Als das Beteiligungsproblem auch bei den Unterlassungsdelikten wahrgenommen und die Untauglichkeit der subjektiven Abgrenzungstheorie zur Lösung dieses Problems immer deutlicher wurde, meinte man, das rechte Ergebnis mit Hilfe eines einfachen Schemas gewonnen zu haben: Wenn der Garant die Straftat eines vorsätzlich Handelnden nicht hindert, leistet er zu

1) siehe oben S.4 - 2o
2) so Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 106; Schwarz, Diss., S. 170
3) s. oben, S. 73 ff

dieser Beihilfe; im übrigen ist er Täter (1). Hierzu war man nicht aufgrund von dogmatischen Überlegungen über die Beteiligungsarten und das Unterlassen gelangt, sondern allein durch die Erwägung, daß der Beitrag des Unterlassenden, der das Begehungsdelikt eines Dritten nicht hindert, der Begehungsbeihilfe sowohl in seiner Struktur als auch wertmäßig gleiche (2).

In neuerer Zeit hat Gallas in zwei Abhandlungen über die Problematik der Teilnahme am Selbstmord (3) diese Meinung näher erläutert und ausgebaut (4). Da seiner Ansicht nach andere Gesichtspunkte, insbesondere die Tatherrschaft, für die Abgrenzung der Beteiligungsarten beim Unterlassen nicht geeignet sind, will er das Unterlassen allein unter dem Gesichtspunkt der "Gleichwertigkeit" differenzieren, nämlich danach, ob es der "aktiven Täterschaft" oder der "aktiven Teilnahme" entspreche.
Demgemäß bildet er neben dem Regelfall der Unterlassungstäterschaft zwei Gruppen der Unterlassungsteilnahme: Falls der Unterlassende die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen der Straftat - z. B. die eigenhändige Tatbegehung, die persönliche Qualifikation oder die spezielle Absicht - in seiner Person nicht erfüllt, soll sein Verhalten nur Teilnahmeunwert besitzen; verhindert der Garant pflichtwidrig nicht die

---

1) Frank, § 49 A I 2; Nagler GS 111, 73 und LK 7. Auflage, Einl. Anm. 2 B II a, S. 39; Niese JZ 1953, 175; Franzheim, Teilnahme an unvors. Tat, S. 38; auch RGSt 71, 176, 178; 73, 52, 54; BGH MDR 1957, 266
2) Nagler GS 111, 73
3) vgl. dazu unten S. 412 ff
4) Gallas JZ 1952, 370 und JZ 1960, 686 f

Straftat eines Dritten, soll dem Unterlassenden neben dem die Tatherrschaft ausübenden Begehungstäter nur die Rolle eines Gehilfen bleiben.

Für die zweite Gruppe soll noch das Folgende gelten: Sieht sich der Unterlassende nicht mehr der Betätigung der Tatherrschaft, sondern lediglich den Auswirkungen dieser Betätigung gegenüber (der Garant stößt auf das verblutende Opfer des Mordanschlages), soll ihm wiederum die Täterrolle zufallen; auch wenn der Unterlassende neben dem die Tatherrschaft ausübenden Täter steht, soll seine Gehilfenrolle aufgrund besonderer Umstände - z. B. seiner besonderen Schutzposition gegenüber dem von ihm abhängigen Deliktsopfer - zur Täterschaft aufgewertet werden (1).

Gegen die erste Gruppe des mit Teilnahmeunwert belegten Unterlassens läßt sich nichts einwenden. Mit Recht wird nämlich nahezu einhellig (2) bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten die Ansicht vertreten, daß denjenigen, der das gesamte Unrecht des gesetzlichen Tatbestandes nicht in seiner Person (3) erfüllt hat, auch nicht der strafrechtliche Vorwurf in seiner ganzen - täterschaftlichen - Härte treffen könne. Wer nur einen Teil des tatbestandlichen Unrechts erfüllt, kann notwendig nur eine Randrolle im Tatgeschehen einnehmen und erscheint daher als Teilnehmer.

---

1) JZ 1960, 687 Anm. 66, 69
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 477 ff und auch Kaufmann, Dogmatik, S. 297 f zu der Frage der Unterlassungstäterschaft bei den Eigentumsdelikten
3) hierzu zählt natürlich auch das dem mittelbaren Täter und dem Mittäter zuzurechnende Unrecht der anderen Tatbeteiligten; vgl. oben S. 79 ff und 93 f

Dagegen muß die zweite Teilnahmegruppe mitsamt ihren Ausnahmen ausführlich kritisiert werden.

Für Gallas' Prämisse, das Unterlassen könne nicht am Maßstab der Tatherrschaft in Täterschaft und Teilnahme differenziert werden, weil es immer nur die Nichtbetätigung potentieller Tatherrschaft enthalten könne (1), gilt das oben zur Tatherrschaftstheorie Gesagte: Die Tatherrschaft muß nicht unbedingt an das Eingreifen in das Tatgeschehen gebunden sein, sondern es sind auch andere Umstände, etwa die wissensmäßige Überlegenheit, denkbar, die sowohl dem Handelnden als auch dem Unterlassenden die Tatherrschaft verleihen könnten. Von dieser Prämisse ausgehend müßte Gallas also erst alle möglichen Begriffe der Tatherrschaft auf ihre Tauglichkeit für die Abgrenzung von Unterlassungstäterschaft und -teilnahme hin untersuchen, bevor er auf den auch seiner Meinung nach nur hilfsweise anzuwendenden Maßstab der Gleichwertigkeit eingeht.

Auch abgesehen von diesem "Verfahrensfehler" der Gleichwertigkeitstheorie kann sie schon wegen des ihr zugrundeliegenden Prinzips keine Zustimmung finden.

Die Gleichwertigkeit ist eine zu unsichere Grundlage, als daß darauf eine Abgrenzungstheorie aufgebaut werden könnte. Gallas hat sicher recht, wenn er behauptet, daß mit dem aktiven Eingreifen eines

---

1) Gallas JZ 1960, 686

vorsätzlich Handelnden das pflichtwidrige Untätigbleiben des Garanten in seiner Bedeutung verändert wird (1). Offen bleibt nur, warum dies der Fall ist - um nämlich zu prüfen, ob diese Wertänderung durchweg auftritt - und warum insbesondere die Wertdifferenz gerade Täterschaft und Teilnahme ausmachen soll. Seine Argumente, daß der aktiv Handelnde dem Unterlassenden den "unmittelbaren Zugang zum Erfolg verstelle" und daß die Überwindung des finalen Handlungswillens vom Unterlassenden eine größere Energie abfordere (2), dienen eher der Illustrierung als der Begründung seiner Ansicht und treffen auch durchaus nicht immer zu: Wenn der A den volltrunkenen B auf die Schienen legt, braucht der Garant C - sei er Weichensteller oder Vater des B - nur den Zug umzuleiten oder anzuhalten, um den Erfolg zu verhindern; durch das Handeln des A ist weder der "Zugang" des C zum Erfolg "verstellt", noch braucht dieser dessen verbrecherischen Willen zu "überwinden". Warum die Unterlassung des Garanten neben dem aktiven Täter "nur als negative Förderung" erscheint, bedarf ebenso der schlüssigen Begründung (3), zumal Gallas wenig später von diesem Grundsatz "in besonderen Fällen" Ausnahmen zulassen will (4).
All dies zeigt, daß der bloße Wertgesichtspunkt die Abgrenzung nicht tragen kann; zur stichhaltigen Begründung dieser Grenzziehung bedarf es mehr als nur der wertmäßigen Beurteilung des Unterlassens unter verschiedenen Umständen.

---

1) Gallas JZ 1960, 687
2) s. Gallas JZ 1960, 687; vgl. auch Lubberger S. 81
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 497
4) JZ 1960, 687 Anm. 69

Damit ist nichts darüber gesagt, ob die Gleichwertigkeitstheorie die Trennung von Unterlassungstäterschaft und -teilnahme wenigstens im Ergebnis richtig durchführt. Es spricht einiges dafür, daß es zumindest teilweise so ist.
Sobald ein vorsätzlich Handelnder in das Geschehen eingreift, soll nach der Tatherrschaftstheorie und auch nach anderen, noch zu besprechenden Theorien (1) der Unterlassende lediglich als Teilnehmer zu bestrafen sein; wenn nun auch noch Gallas aufgrund wertbestimmter Überlegungen, die sowohl als Leitlinie wie auch als unbefangener Maßstab eine nicht unwichtige Indizwirkung besitzen (2), zur gleichen Grenzziehung gelangt, so wird hierdurch eine nicht zu übersehende Vermutung für die Richtigkeit dieser Abgrenzung geschaffen. Dies kann jedoch nur für das Grundprinzip gelten und deshalb muß noch kurz auf die beiden Einschränkungen eingegangen werden, mit welchen Gallas den genannten Grundsatz der Abgrenzung versehen hat.

In Übereinstimmung mit anderen Autoren (3) will er den Unterlassenden dann nicht mehr als Teilnehmer, sondern als Täter bestrafen, wenn der Begehungstäter seine Eingriffsmöglichkeit auf das Geschehen verloren hat. Hierzu wurde bereits oben bei der Behandlung der Tatherrschaftstheorie ausführlich Stellung genommen (4). Dort wurde festgestellt, daß der Verlust der Eingriffsmöglichkeit auf seiten des

---

1) vgl. oben S. 162 ff und unten S. 207 ff
2) s. unten S. 152 ff
3) Kielwein GA 1955, 227;
   Roxin, Täterschaft, S. 496
4) s. oben S. 165 ff

Handelnden weder Einfluß auf dessen Stellung im Tatgeschehen noch Einfluß auf die Stellung des Unterlassenden haben kann und diese Einschränkung daher jeder Berechtigung entbehrt.
Dies muß auch bei einem Wertvergleich des Unterlassens mit den Beteiligungsarten der Begehungsdelikte bestätigt werden. Da nämlich der Kausalverlauf nach der zielgerichteten Steuerung durch den Handelnden auf den rechtswidrigen Erfolg zuläuft, kann das Nichteingreifen des Unterlassenden - auch nach dem Ende der Eingriffsmöglichkeit für den Handelnden - nur als "negative Förderung" der von dem Begehungstäter entfalteten Aktivität Bedeutung gewinnen (1).
Demnach besteht auch unter Wertgesichtspunkten kein Anlaß, diese Ausnahme vom Grundsatz des teilnehmenden Unterlassens bei der Nichthinderung der Begehungsstraftat zuzulassen.

Was die zweite Einschränkung anbetrifft, so kann dazu ebenfalls auf das zur Tatherrschaftstheorie Gesagte verwiesen werden (2). Dort war nämlich dargelegt worden, daß der Unterlassende nicht immer neben dem vorsätzlich Handelnden eine Nebenrolle spielt, sondern daß es Situationen gibt, in denen er trotz des tatbeherrschenden aktiven Tuns des anderen selbst im Zentrum des Geschehens steht. Genau dies meint auch Gallas, wenn er in einer Anmerkung zu seinen Ausführungen konzediert, "daß es besondere Umstände geben kann, die die Rolle des Garanten - neben dem vorsätzlich Handelnden - ausnahmsweise zur Täterschaft aufwerten" (3).

1) Gallas JZ 1960, 687
2) s. oben S. 174 f
3) JZ 1960, 687 Anm. 69

Dieser Einschränkung ist also im Ergebnis zuzustimmen. Zu kritisieren sind daran jedoch zwei Punkte: Zum einen gibt Gallas nicht an, in welchen Ausnahmefällen und unter welchen Umständen der Unterlassende zum Täter "aufgewertet" werden soll; anstatt die Ausnahmefälle klar zu umreißen oder zu definieren, beschränkt er sich auf zwei Beispielsfälle, bei denen "etwa" die Aufwerung der Unterlassungsteilnahme "zu erwägen wäre".

Zum anderen muß Gallas sich den Vorwurf gefallen lassen, daß er das Grundprinzip seiner Abgrenzung selbst in Frage stellt, wenn er es durch zwei undefinierte Ausnahmefälle einschränkt. Gilt nämlich ein Abgrenzungsprinzip für eine unbestimmte Zahl von Fällen nicht, ohne daß dies aus dem System heraus erklärt und begründet werden kann, so liegt die Annahme nahe, daß dieses Grundprinzip entweder nicht richtig begrenzt oder gar als ganzes unrichtig ist.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß die Gleichwertigkeitstheorie in der Ausgestaltung, die sie durch Gallas erfahren hat, in ihrem Ergebnis weitgehend Zustimmung verdient; ihre systematische und dogmatische Fundierung ist jedoch unbefriedigend, was letztlich dazu führt, daß der Geltungsumfang ihres Prinzips bzw. dessen Grenzen weder faktisch noch theoretisch hinreichend bestimmt werden können.

b. Die wertorientierten Garantenpflichttheorien (Schröder und Herzberg)

In neuerer Zeit werden zunehmend die strukturellen Unterschiede der Garantenpflichten als Anknüpfungspunkt für Beteiligungsdifferenzierungen der Unterlassungsdelikte genommen, die an dem Gleichwertigkeitsgedanken von Tun und Unterlassen orientiert sind. Die wichtigsten Vertreter dieser Lehren sind Schröder (1) und Herzberg (2).

(I) Schröder meint, das Unterlassen aufgrund seiner strukturellen Eigenart nicht den auf positives Tun zugeschnittenen Beteiligungsvorschriften der §§ 47 ff unterstellen zu können. Da eine diesen Vorschriften entsprechende Regelung jedoch im Strafgesetzbuch nicht vorgesehen sei, bleibe keine andere Lösung, als das Unterlassen den beiden Beteiligungsarten wertmäßig zuzuordnen und die Vorschriften sinngemäß anzuwenden (3).
Die der Täterschaft und Teilnahme entsprechende Differenzierung des Unterlassens soll in drei Gruppen, die sich durch Qualität und Inhalt der Garantenpflicht unterscheiden, auf jeweils

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 102 ff
2) Herzberg, Unterlassung, S. 257 ff; ferner die in der übernächsten Anmerkung und in S. 226 Anm. 4 Genannten
3) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 106

übereinstimmende Weise vorgenommen werden (1): Die erste Gruppe zeichnet sich dadurch aus, daß der Pflichtige aufgrund besonderer Beziehungen dem geschützten Rechtsgut für dessen Bestand einstehen muß; unterläßt er es, die von einem Dritten oder einer Naturgewalt ausgehende Gefahr für das Rechtsgut pflichtgemäß abzuwenden, so sollen stets die Tätervorschriften auf ihn anzuwenden sein. Wenn der Unterlassende allerdings nicht alle Merkmale des einschlägigen Tatbestandes erfüllt, soll für ihn ausnahmsweise nur die Beihilfevorschrift gelten (2).

---

1) Ähnlich wie Schröder grenzt Androulakis (S. 162 f) ab, indem er an das Näheverhältnis zwischen Garant und Gefahrenquelle bzw. Rechtsgut anknüpft. Seine Darlegungen sind jedoch so wenig präzise, daß sie nicht Gegenstand einer gesonderten Erörterung sein können. Nur soviel läßt sich entnehmen, daß Androulakis seiner Abgrenzung keine festen Regeln, sondern eher einem im Einzelfall abzuwägenden Wertmaßstab zugrundelegt, was natürlich kaum einen praktischen Nutzen für die Abgrenzung der Beteiligungsarten der Unterlassungsdelikte haben kann.
Auch Schmidhäuser grenzt die Unterlassungstäterschaft von der -beihilfe anhand der Garantenpflicht ab und zieht hierbei teilweise Wertgesichtspunkte heran (vgl. besonders 17/14 f). Er tut dies jedoch so unsystematisch, daß es kaum als eine abgeschlossene Abgrenzungsmethode angesehen werden und entsprechend behandelt werden könnte. Die Einzelergebnisse entsprechen zum Teil der Theorie Gallas', zum Teil der Theorie Schröders und müssen demgemäß bewertet werden.

2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 107 u. 108

Von der zweiten Gruppe werden diejenigen Garanten erfaßt, die aufgrund ihrer Verantwortlichkeit für bestimmte Personen, Sachen oder Herrschaftsbereiche verpflichtet sind, die von diesen ausgehenden Gefahren oder deliktischen Angriffe auf fremde Rechtsgüter zu verhindern; welche Beteiligungsvorschriften auf das Unterlassen des Garanten anzuwenden sind, soll grundsätzlich davon abhängen, ob dieser für die Gefahr allein verantwortlich ist - dann Täterregeln - oder ob die zu beaufsichtigende Person bzw. ein Dritter mit Hilfe der zu überwachenden Sachen oder innerhalb des Herrschaftsbereiches des Garanten aufgrund der Verletzung des Rechtsgutes sich selbst als Begehungstäter strafbar gemacht hat - dann Beihilferegeln (1). Von diesem Grundsatz soll es wiederum Ausnahmen geben: Hatte der verantwortlich Handelnde die strafbare Handlung bereits ausgeführt, so daß der Garant nur noch den Erfolg hätte abwenden können, so ist dieser weil er nur zur Verhinderung der strafbaren Handlung verpflichtet ist, nicht mehr als Gehilfe zum Begehungsdelikt, sondern nur noch nach § 330 c zu bestrafen - sofern nicht die Haupttat durch die ungenügende Beaufsichtigung erst ermöglicht wurde, und der Garant schon aufgrund dieser Pflichtverletzung als Gehilfe erscheint.
Die dritte Gruppe wird schließlich von der Garantenpflicht aus vorangeganem Tun gebildet; hier

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 6, 36, 109 ff

soll derjenige, der mit seinem pflichtwidrigen Vorverhalten unbewußt die Straftat eines Dritten ermöglicht hat, für sein nachfolgendes Unterlassen immer nur wie ein Gehilfe bestraft werden können, weil eine tätergleiche Behandlung der Unterlassung in untragbarem Gegensatz zur aktiven Beihilfe stünde, wenn das unterstützende Vorverhalten bewußt im Hinblick auf die Straftat geleistet wurde (1).

Dieses Abgrenzungssystem in "täter- und teilnehmergleiches" Unterlassen bietet sich in einer überraschenden Vielfalt dar. Die Aufgliederung in 3 Haupt- und mehrere Untergruppen ist darauf zurückzuführen, daß Schröder die unmittelbare Anwendung der §§ 47 ff auf Unterlassungsdelikte ablehnt; denn die von ihm vertretene "sinngemäße Zuordnung" des Unterlassens führt zu einer endlosen Aufsplitterung, zumal sie nur an wertmäßigen Gesichtspunkten orientiert ist: Immer wieder lassen sich von der einmal gefundenen Regel Ausnahmen finden, bei denen der Unterlassende mehr oder weniger strafwürdig und deshalb zu einer anderen Beteiligungsform zugehörig erscheint (2).

Daß die gesetzlichen Beteiligungsvorschriften entgegen dieser Ansicht unmittelbar auf Unterlassungsdelikte anzuwenden sind, wurde bereits im ersten Teil der Arbeit eingehend dargelegt (3). Jene

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 112
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 509
3) s. oben S. 73 ff

Ausführungen lassen sich kurz dahingehend zusammenfassen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers, die §§ 47 ff im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches allen - auch den ausdrücklich als Unterlassungsdelikten gefaßten - Tatbeständen voranzustellen, deren direkte Anwendung auf alle deliktischen Verhaltensweisen verlangt und daß dies auch - innerhalb der wesensbestimmten Grenzen des Unterlassens - grundsätzlich möglich ist. Somit muß die dogmatische Grundlage des Abgrenzungsverfahrens als verfehlt bezeichnet werden.

Auf der anderen Seite verdient dieses Verfahren jedoch besondere Beachtung: Da Schröder sich an kein dogmatisches System gebunden fühlt, sondern das Unterlassen allein wertmäßig der Täterschaft und Teilnahme zuordnet, besteht ein großes Maß von Wahrscheinlichkeit dafür, daß die so vorgenommene Abgrenzung materiell, d. h. durch Abstufung in der Strafbarkeit gerechtfertigt ist (1). Dies gilt um so mehr, als oben bei der Herausarbeitung der Leitlinien für Täterschaft und Teilnahme festgestellt werden konnte, daß - wenn auch nur begrenzt - bei den Unterlassungsdelikten die unterschiedliche Strafwürdigkeit als Symptom für die verschiedenen Beteiligungsformen angesehen werden kann (2). Es ist also zu erwarten, daß Schröders Abgrenzungen in wesentlichen Teilen, nämlich soweit, als er nicht geringen Wertunterschieden allzu bereitwillig nachgeht, ihren Ergebnissen nach Zustimmung verdienen.

---

1) vgl. dazu auch Roxin, Täterschaft, S. 508
2) s. oben S. 152 f

Vor der eingehenderen Untersuchung dieses Abgrenzungsverfahrens muß noch auf die Frage eingegangen werden, ob die Garantenpflichten überhaupt im Hinblick auf die Qualifizierung des Unterlassens als täterschaftliches oder teilnehmendes Verhalten differenziert werden können; die drei Hauptgruppen sollen sich nämlich nach Schröders Unterteilung durch "Qualität und Inhalt der Garantenpflicht" voneinander unterscheiden.
In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, daß der Pflichtinhalt nicht abgestuft werden kann, denn der Garant muß ja in jedem Fall die dem Rechtsgut drohende Gefahr abwenden - die Frage, ob er im Einzelfall zu mehr oder weniger verpflichtet ist, stellt sich grundsätzlich nicht (1). Insoweit ist die Garantenpflicht stets absolut.
Dies gilt auch für die Frage, ob denjenigen, der eine Person beaufsichtigen und deren deliktische Angriffe auf fremde Rechtsgüter verhindern muß, eine inhaltlich andersartige Pflicht trifft als sonstige Garanten. Schröder meint, den aufsichtspflichtigen Garanten träfe nur die Pflicht, die deliktische Handlung des zu Beaufsichtigenden zu verhindern. Wenn der Garant es unterlasse, den rechtswidrigen Erfolg abzuwenden; nachdem die zu beaufsichtigende Person die Tathandlung bereits beendet hat, sei er nur wie jeder andere Unterlassende gem. § 330 c für den Erfolgseintritt verantwortlich (2).

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 509; Schwarz S. 171; Lüderssen S. 189
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 109; ähnlich auch Herzberg, Unterlassung, S. 100 ff, 125

Eine solche Differenzierung ist zwar denkbar, angesichts des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes jedoch nicht zutreffend: Der Garant wird ja nicht für das Dulden des strafbaren Verhaltens zur Verantwortung gezogen, sondern nur deshalb, weil er seiner Aufgabe als Schutzinstanz für die Rechtsgüterwelt nicht nachgekommen ist und ihm daher die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zur Last gelegt werden muß (1).

Daß dies so sein muß, ergibt sich auch aus der folgenden Überlegung: Wenn die Tatbestandsverwirklichung durch den zu Beaufsichtigenden im Vordergrund der Garantenpflicht stünde, müßte die Handlungspflicht auch von dessen Willensrichtung, dem Vorsatz, der Fahrlässigkeit und dem Irrtum, abhängen - dann aber wäre gerade bei einem Kind die Garantenpflicht in den wichtigsten Fällen ausgeschaltet, weil es etwa mangels ausreichender Tatkenntnis den strafrechtlichen Tatbestand gar nicht vollständig erfüllt. Außerdem kann der aufsichtspflichtige Garant in der Regel die Gefährlichkeit der Handlung erst erkennen, nachdem sie ausgeführt worden ist; entfiele die Garantenpflicht nach Beendigung der Tathandlung, wäre sie auch aus diesem Grunde

---

1) s. unten S. 258 f ; bei den Verhaltenstatbeständen wird dem Garanten vorgeworfen, daß er das sozialwidrige Tun des zu Beaufsichtigenden nicht verhindert hat, vgl. dazu unten S. 393 Die Kritik bezieht sich hier nur auf die inhaltliche Differenzierung der Garantenpflicht; der Ansatzpunkt der Differenzierung ist im Ergebnis richtig gewählt, jedoch aus anderen Gründen - vgl. hierzu unten S. 261 ff und 350 ff.

für den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz praktisch bedeutungslos.

Aber abgesehen davon, daß die Garantenpflichten nicht inhaltlich differenziert werden können, lassen sich doch Ansatzpunkte für eine Unterteilung nennen, die zum Teil auch in den noch zu besprechenden Beteiligungslehren verwendet werden.
Ein Differenzierungsgesichtspunkt bezieht sich auf den Entstehungsbestand der Garantenpflicht, nämlich darauf, ob die Pflicht auf dem Gesetz, einem Vertrag oder auf vorangegangenem Tun beruht. Der Wert dieser positivistischen und auch vorwiegend im Zusammenhang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Unterlassungsdelikts verwendeten Einteilung ist heute sehr umstritten (1), doch wird sie immer wieder bei der Frage der Beteiligungsart des Unterlassenden herangezogen und als Grundlage der Abgrenzungstheorie verwandt (2). Von vornherein ausgeschlossen ist diese Abgrenzungsart auf jeden Fall nicht, denn es erscheint denkbar, daß der Unterlassende, den eine gesetzliche Garantenpflicht trifft, eine größere Verantwortung für das Geschehen trägt als derjenige, der nur wegen seines vorangegangenen, gefährlichen Tuns zum Eingreifen verpflichtet ist.
Ein weiterer Ansatzpunkt für die Unterteilung der Garantenpflichten liegt in dem Verhältnis

---

1) vgl. Henkel MSchrKrim 1961, 184;
Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 102;
Baumann, Lehrbuch, S. 234 f
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 112;
Lüderssen S. 184; Böhm, Diss. S. 54

des Unterlassenden zu dem gefährdeten Rechtsgut. Dieser Gedanke hat insbesondere bei den neueren Lehren in verschiedener Weise Bedeutung gewonnen: Man differenziert danach, ob der Unterlassende aufgrund seiner Schutzbeziehung ein besonderes Näheverhältnis zu dem Rechtsgut besitzt oder ob nur eine entfernte, lose und auf Zufall beruhende Beziehung besteht (1). Außerdem geht man davon aus, ob die Handlungspflicht des Garanten unmittelbar aus seiner Beziehung zu dem gefährdeten Rechtsgut erwächst oder ob sie nur mittelbar aufgrund seiner Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle entstanden ist (2).
Dieses letztere Unterteilungsverfahren nach dem Verhältnis des Unterlassenden zu dem schützenden Rechtsgut erinnert stark an das oben aufgezeigte Leitbild für Täterschaft und Teilnahme, das nach der Stellung des Verantwortlichen im Tatgeschehen differenziert (3); nicht zuletzt aus diesem Grunde erscheint es für die Abgrenzungstheorien besonders interessant zu sein.
Schröder vermischt die beiden genannten Unterteilungsarten, indem er seine beiden ersten Gruppen nach dem Verhältnis des Garanten zum geschützten Rechtsgut und die dritte Gruppe nach dem Entstehungstatbestand der Garantenpflicht bildet. Die Verwendung zweier völlig unterschiedlicher Prinzipien innerhalb eines Fragenkomplexes deutet

---

1) s. Lüderssen S. 186 f; Schwarz S. 170; auch Kaufmann, Dogmatik S. 276 hinsichtlich der Abgrenzung von echten und unechten Unterlassungsdelikten
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 107 ff, Herzberg, Unterlassung, S. 282 ff, 334 ff, vgl. auch Lüderssen S. 181 ff
3) s. oben S.148 ff

auf einen systematischen Brùch seiner Abgrenzungsmethode hin und kann als erstes Anzeichen dafür verstanden werden, daß der eingeschlagene Lösungsweg nicht richtig ist, weil er mit Hilfe eines neuen Gesichtspunktes korrigiert werden muß (1).
Dieser Vorwurf kann Schröders Abgrenzungsverfahren eigentlich gar nicht treffen, denn sein Verfahren zeichnet sich ja gerade dadurch aus, daß es nicht nach einem bestimmten System, sondern allein unter dem Gesichtspunkt der Wertigkeit des Unterlassens durchgeführt wird; zudem wird sich zeigen, daß die dritte Gruppe gar keine eigene Bedeutung besitzt (2), sondern weitgehend von der zweiten Gruppe erfaßt wird. Die Vermischung der unterschiedlichen Prinzipien, die also nur als formaler, nicht jedoch als inhaltlicher Mangel der Abgrenzungsmethode bezeichnet werden könnte, deutet jedoch letzlich darauf hin, daß die nach Wertgesichtspunkten bestimmten Abgrenzungsmethoden entweder nicht zutreffend ausgewählt oder aber nicht richtig verwendet werden.

Gegen die erste von Schröder gebildete Gruppe läßt sich kaum etwas einwenden. Der Garant nimmt nämlich eine zentrale Stellung im Tatgeschehen ein, wenn er unmittelbar für den Bestand des bedrohten Rechtsgutes verantwortlich ist. Bei jeder Art von Rechtsgutsgefährdung, sei sie von Naturgewalten oder von deliktisch handelnden Dritten

---

1) vgl. oben die Ausführungen zum Bruch innerhalb der Abgrenzungstheorie Gallas', S. 206
2) s. unten S. 229

ausgelöst, wird er als letzte Schutzinstanz zur Schlüsselfigur des Geschehens, denn die Rechtsordnung hat durch die Garantenpflicht den Schutz des Rechtsgutes in seine Hände gelegt: Der Vater muß das Leben seines Kindes vor jeder Gefahr schützen; ob sie von einer Naturgewalt oder von einem Menschen ausgeht, ist völlig unbedeutend. Seine Garantenpflicht beruht allein auf seiner besonderen (Schutz-) Beziehung zum Rechtsgut und nicht auf einer Verbindung zur Gefahrenursache.

Entscheidend wird hier die Frage sein, ob der jeweilig Unterlassende tatsächlich diese Schutzposition innehat, ob er also nicht nur handlungspflichtig, sondern darüberhinaus - unabhängig von der konkreten Gefahr - gegenüber der Rechtsordnung Garant für den Bestand des Rechtsgutes ist (1).

Bei einem der von Schröder angeführten Beispiele müssen in dieser Hinsicht Bedenken angemeldet werden: Wenn eine Mutter nicht verhindert, daß ihre Tochter abtreibt, soll die Mutter - entgegen der Ansicht des BGH (2) - für die Abtreibung als Täterin bestraft werden (3). Wenn es unter gewissen Umständen noch denkbar sein mag, daß die Mutter für die deliktische Abtreibung ihrer Tochter als Aufsichtsperson verantwortlich und demzufolge wegen garantenpflichtwidrigen Unterlassens als Gehilfin

---

1) Zur Abgrenzung im einzelnen vgl. unten S. 356
2) BGH (2 StR 559/56) bei Dallinger MDR 1957, 266 und RGSt 72, 372 halten bloß eine Verantwortlichkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen für möglich; dem ist zuzustimmen.
3) Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 107

bei der Abtreibung zu bestrafen ist, so erscheint es doch sehr zweifelhaft, daß die Mutter den Embryo ihrer Tochter gegenüber jeglicher Gefahr beschützen und für seinen Bestand einstehen muß. Zumindest läßt sich doch wohl ohne schwerwiegende weitere Tatumstände kein Grund für diese unmittelbare Verantwortlichkeit der "werdenden Großmutter" für das keimende Leben finden.
Abgesehen hiervon ist den Ausführungen Schröders zu seiner ersten Gruppe hinsichtlich der Grenzziehung zuzustimmen, auch was die Einschränkung betrifft, daß der Unterlassende bei einer unvollständigen Tatbestandserfüllung auf jeden Fall nur nach Beihilferegeln verantwortlich ist (1). Vorzuwerfen ist Schröder nur, daß er keine systematische Begründung dafür gibt, warum der Unterlassende bei dieser unmittelbaren Garantenstellung Täter sein muß. Das bloße Anführen von Wertgesichtspunkten reicht hierfür nicht aus.

Die zweite Gruppe der Garanten ist nicht unmittelbar für den Bestand des Rechtsgutes, sondern für die Person oder Sache verantwortlich, von der die Gefahr für das Rechtsgut ausgeht. Aus dieser Aufsichtspflicht entsteht die Pflicht für den Garanten, den gefährlichen Kausalverlauf aufzuhalten; sie wirkt sich also nur mittelbar auf den Schutz des Rechtsgutes aus (2). Zu dieser Gruppe sind

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 108
2) Zur Unterscheidung der unmittelbaren und mittelbaren Garantenstellung im einzelnen vgl. Welzel GS 111, 54 ff und unten S. 356 ff.

die folgenden Garantenstellungen zu zählen: Die Verantwortlichkeit des Eigentümers oder Besitzers für seine gefährlichen Anlagen, Maschinen oder Tiere (1), die Aufsichts- und Obhutspflicht von Autoritätspersonen über andere Personen und über bestimmte Räumlichkeiten (2).
In diesen Fällen will Schröder den Unterlassenden, der seiner Handlungspflicht nicht nachkommt, neben einem täterschaftlich Handelnden grundsätzlich nur nach Beihilferegeln bestrafen.
Wenn man die angeführten Beispiele unter dem Gesichtspunkt der Stellung des Unterlassenden in dem Tatgeschehen und unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten (3) prüft, so wird man dieser Abgrenzung grundsätzlich zustimmen müssen: Eltern, Lehrer oder Gefangenenaufseher, die nicht gegen die Straftaten der ihnen unterstehenden Personen einschreiten, sind nur Randfiguren des deliktischen Geschehens und verdienen nicht die ganze Härte der gesetzlichen Strafe für ihr Verhalten, denn die deliktische Energie geht von dem Handelnden aus, und die Garanten sind nur zur Eindämmung dieses Handelns verpflichtet. Im Vergleich zu der Verwirklichung der Straftat, auf die sich ja ihre Handlungspflicht bezieht, enthält ihr Nicht-Verhindern nur den Wert einer Beihilfe, weil dadurch die Tat - gegenüber der rechtlich vorgesehenen Situation - gefördert wird (4).

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 111; Vorbem. § 1 RN 124 ff
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 109; Vorbem. § 1 RN 133, 135
3) zu dieser Leitlinie vgl. oben S.15o ff
4) vgl. oben S.97

Woran es liegt, daß in diesen Fällen das Unterlassen der Begehungsbeihilfe wertmäßig gleichsteht, und welche Umstände hierfür entscheidend sind, vermag Schröder auch bei dieser Gruppe nicht zu sagen (1).

Über diese grundsätzliche und auch nur wertorientierte Zustimmung hinaus fällt es schwer, Schröders Ausnahmen und Gegenausnahmen zu seiner zweiten Gruppe zu folgen.
Bereits die erste Einschränkung des genannten Grundsatzes erscheint kaum gerechtfertigt: Wenn die zu beaufsichtigende Person nicht verantwortlich handelt - etwa weil sie ihr Verhalten nicht einsichtsgemäß steuern kann (2) -, soll der handlungspflichtige Unterlassende Täter sein.
Solange jene Person alle Merkmale der Begehungstäterschaft erfüllt, entspricht diese Ausnahme nicht dem § 50 Abs. 1, der die Teilnahme an der Tat eines Nichtverantwortlichen gerade voraussetzt und dem Beteiligten, dem aufgrund seines eigenen Verhaltens nur die Rolle eines Teilnehmers

---

1) s. Roxin, Täterschaft, S. 507
2) Liegt der Defekt bei dem zu beaufsichtigenden Handelnden im intellektuellen Bereich - konnte er also das Verbotene seines Tuns nicht erkennen -, so fehlt dem Handelnden die Tatherrschaft und der Garant wäre aus diesem Grunde als Täter verantwortlich; vgl. Roxin, Täterschaft, S. 23[illegible] ff und unter S. 333 ff. Die Täterschaft des Unterlassenden wird also auch in diesem Falle nicht aus der fehlenden Verantwortlichkeit des Handelnden abgeleitet und ist somit in dieser generellen Umschreibung nicht als Ausnahmefall zu bezeichnen.

zukommt, trotz eines schuldausschließenden Defekts des anderen Beteiligten diese "sekundäre" Stellung beläßt (1). Es ist zudem keinerlei Veränderung in der Stellung des Unterlassenden neben dem Begehungsdelinquenten eingetreten; denn immer noch unterläßt er es nur, den rechtswidrigen Angriff eines Dritten auf fremde Rechtsgüter zu verhindern. Wenn der Unterlassende hier jedoch eine schwerere Strafe zu verdienen scheint als in dem Grundfall, so liegt das doch wohl darin begründet, daß er neben einem straflos Handelnden als einziger für das Tatgeschehen zur Verantwortung gezogen werden kann. Diese Konstellation bedarf aber keiner Ausnahme von dem Grundsatz der Beihilfestrafe, denn sie ist durch die limitierte Akzessorietät in den gesetzlichen Beihilferahmen einbezogen und - zumindest nach der gegenwärtigen Gesetzesfassung - auch im Strafrahmen des § 49 Abs. 2 berücksichtigt.

Zur nächsten Einschränkung wurde bereits oben ablehnend Stellung genommen (2). Der aufsichtspflichtige Unterlassende soll nach Schröders Ansicht aufgrund seiner Garantenpflicht nur so lange zur Verhinderung der Rechtsgutsverletzung verpflichtet sein, als die zu beaufsichtigende Person die Straftat noch nicht beendet hat (3). Hat dieser dagegen

---

1) In vergleichbaren Fallgestaltungen der Beteiligungslehre der Begehungsdelikte wird der aktiv fördernde Gehilfe ebenfalls nicht zum Täter "aufgewertet", wenn der andere tatbeherrschend Handelnde nicht verantwortlich ist; s. Roxin, Täterschaft, S. 239

2) s. oben S. 212 f

3) Das soll entsprechend auch für die Garantenpflichten gelten, die auf der Aufsichtspflicht über eine gefährliche Sache oder einen bestimmten räumlichen Herrschaftsbereich aufbauen. Hier soll die Einschränkung dann gelten, wenn der Begehungstäter die strafbare Handlung unter Ausnutzung der beaufsichtigten Sache oder des Herrschaftsbereiches bereits beendet hat (Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 111).

bereits alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan, soll den Garanten nur die allgemeine Handlungspflicht des § 330 c treffen.
Diese Einschränkung geht davon aus, daß der Garant nur über das Wohlverhalten der Person zu wachen hat, die seiner Obhut untersteht. Das ist auch tatsächlich die Grundlage der "mittelbaren" Garantenpflicht, wie oben festgestellt wurde; ihr Inhalt geht aber darüber hinaus. Sie dient nämlich dem Rechtsgüterschutz und in diesen Fällen eben der Abwendung der von der zu beaufsichtigenden Person ausgehenden Gefahr für fremde Rechtsgüter. Erst unter diesem Blickwinkel erhält sie ihre praktische Bedeutung; sähe man davon ab, hätte die mittelbare Garantenstellung nur einen "sittlichen" Wert, nämlich den der schon im Ansatz wirkenden präventiven Verbrechensverhütung (1).
Da diese Gruppe der Garantenpflichten jedoch gerade "mittelbar" die Rechtsgüter schützen soll, kann sie nicht nur auf die Dauer der Angriffshandlung beschränkt sein. Sie besteht vielmehr so lange, als die von der zu beaufsichtigenden Gefahrenquelle verursachte Gefährdung für das Rechtsgut andauert und von den Garanten abgestellt werden kann. Wenn man demgemäß den Akzent bei der inhaltlichen Bestimmung der mittelbaren Garantenpflicht - ebenso wie bei der unmittelbaren - auf den Rechtsgüterschutz legt, besteht für Schröders Einschränkung seiner zweiten Gruppe keinen Anlaß.

---

1) vgl. die Strafvorschrift des § 143 StGB

Damit ist auch die Gegenausnahme überflüssig, nach der der Garant unter bestimmten Voraussetzungen trotz der Beendigung der Angriffshandlung doch noch nach Beihilferegeln bestraft werden soll (1).

Die dritte Gruppe fällt völlig aus dem bisher verfolgten Unterteilungsverfahren der Garantenstellungen heraus. Daß Schröder die Ingerenz nicht den beiden ersten Gruppen zuordnet, spricht zwar für die These der Autoren, die die Ingerenz den übrigen Garantenpflichten nicht gleich- und teilweise sogar - mit beachtenswerten Argumenten - in Frage stellen, ob sie überhaupt eine strafrechtlich relevante Handlungspflicht hervorbringen kann (2). Folgt man jedoch der überwiegenden Meinung, daß nämlich das gefahrerhöhende Vorverhalten eine strafrechtlich sanktionsfähige Handlungspflicht erzeugt (3), dann steht

---

1) Diese Voraussetzungen verdeutlichen die Unhaltbarkeit der allein wertorientierten Abgrenzung: In einem Fall soll die Fahrlässigkeit der vorangegangenen, unterlassenen Straftatvereitlung dafür entscheidend sein, ob das nachfolgende Nichtverhindern der Rechtsgutsverletzung Beihilfe zur fremden Straftat oder nur unterlassene Hilfeleistung nach § 330 c ist. Was diese Fragen miteinander zu tun haben, ist schwerlich festzustellen.

2) vgl. Schünemann, Unterlassungsdelikt, S. 313 ff; kritisch auch: Welzel, Lehrbuch, § 28 A I 4 a; Oehler JuS 1961, 154; H. Mayer, 1953, S. 117; Pfleiderer S. 92 ff

3) vgl. RGSt 10, 100; BGHSt 4,20; Maurach AT § 46 III C 4; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 119; obwohl die Diskussion um diese Garantenpflicht nicht in diese Arbeit aufgenommen werden kann, sei hier nur auf die alten Grundlagen dieses Rechtsinstituts verwiesen: Dieser Haftungsgedanke lag schon der Rechtsfigur "versari in re illicita" zugrunde; heute kann möglicherweise auch an die Grundsätze der Gefährdungshaftung angeknüpft werden. Vgl. auch oben S. 28 f

einer Eingliederung der Ingerenz in die beiden ersten Gruppen nichts entgegen.
Auch hinsichtlich des von Schröder herausgearbeiteten Abgrenzungsverfahrens für diese Garantenpflicht bietet sich hierfür die zweite Gruppe an, wo der für die Gefahrenquelle verantwortliche Garant neben den täterschaftlich Handelnden grundsätzlich nur nach Beihilferegeln zur Verantwortung gezogen wird. Dies wird noch durch das von Schröder gebildete Beispiel gestützt:

> A verkauft pflichtwidrig an B eine Waffe und erfährt später, daß dieser damit einen Mord begehen will.

A ist aufgrund seines Vorverhaltens für die Gefahr verantwortlich, die für das Leben des Dritten dadurch entstanden ist, daß B nun eine Waffe besitzt. Die den A treffende Garantenpflicht schützt also mittelbar - über die Gefahrenquelle - das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des Dritten. Da A nur Randfigur des Geschehens ist und eine geringere Strafe verdient als der Handelnde, deckt sich diese Fallkonstellation sowohl mit den Folgerungen der zweiten Gruppe als auch mit Schröders Erwägungen zur dritten Gruppe.
Tatsächlich werden alle Garantenpflichten von den beiden Gruppen der unmittelbaren und mittelbaren Garantenstellungen erfaßt (1), so daß für eine dritte Gruppe gar kein Raum bleibt. Schröders Ausführungen über die Ingerenz sind also wohl entbehrlich.

---

1) Nagler GS 111, 7; H.-Mayer-Festschrift, S. 148

Zusammenfassend läßt sich zu Schröders Abgrenzungsmethode feststellen, daß ihre prinzipielle Grenzziehung in den beiden ersten Gruppen mit den Leitlinien für Täterschaft und Teilnahme zu vereinbaren ist; insoweit hat sich also die oben geäußerte Erwartung bestätigt, daß nämlich die Abgrenzung wegen der fehlenden dogmatischen Bindung und der alleinigen Orientierung an Wertgesichtspunkten zu einem akzeptablen Ergebnis gelangt. Zu beanstanden bleibt jedoch die weitere Ausgestaltung der Theorie und insbesondere der Verzicht auf jegliche systematische Begründung der Grenzziehung.

(II) Herzberg unterscheidet bei der Abgrenzung von Unterlassungstäterschaft und -teilnahme (1) ebenfalls zwischen der "mittelbaren" (Überwachungs-) Garantenpflicht und der "unmittelbaren" (Schutz-) Garantenpflicht: Wenn der mittelbare Garant das

---

1) Abgesehen von der Abgrenzungsmethode, die weitgehend mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmt (s. unten S. 399ff), unterscheidet sich Herzbergs Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte in fast allen anderen dogmatischen Problemen von dem bisher dargelegten Lösungsversuch: Er befürwortet die Unterlassungsbeihilfe bei fehlender Erfolgsabwendungsmöglichkeit (Unterlassung, S. 116 ff; oben S. 11o ff) er hält die Anstiftung durch Unterlassen für möglich (Unterlassung, S. 125 f, oben S. 116 ff) er begreift Roxins Lehre von der Beihilfe ohne Garantenpflicht als eine Erscheinung der generellen Möglichkeit garantenpflichtloser Unterlassung (Unterlassung S. 280 ff; oben S.99 ff) und er sieht schließlich die Beteiligungsvorschriften als selbständige Straftatbestände an (Unterlassung, S. 113; GA 1971, 2; oben S. 1o8f)

deliktische Tun eines Dritten nicht hindert, so soll er grundsätzlich Teilnehmer sein, weil sein Verhalten dem Tun eines Begehungsteilnehmers entspricht; nur beim Vorliegen besonderer Umstände aufgrund derer auch ein aktiver Tatbeteiligter trotz eines an sich nur teilnahmebegründenden Tuns zum Täter werden würde - z.B. beim Irrtum des Haupttäters -, soll auch der mittelbare Garant durch sein Unterlassen zum Täter werden (1). Der unterlassende unmittelbare Garant soll stets Täter sein. Durch das Nichthindern des vom Handelnden in Gang gesetzten Tatverlaufs soll der unmittelbare Garant zwar auch zugleich eine Beihilfe durch Unterlassen begehen - diese im Regelfall subsidiäre Beteiligung soll aber erst Bedeutung erlangen, wenn der Garant den Straftatbestand durch sein bloßes Unterlassen nicht erfüllen kann (2).
Außerdem stellt Herzberg an einer ganz anderen Stelle seiner Abhandlung fest, daß ein untätiger Garant "wohl" an täterstrafrechtlichen und eigenhändigen "echten" Begehungsdelikten nur als Teilnehmer beteiligt sein könne (3).

Das Grundschema der Behandlung der beiden Garantengruppen deckt sich weitgehend mit Schröders Abgrenzungsmethode, wie Herzberg selbst anmerkt (5); Herzberg verzichtet jedoch auf die Vielzahl

---

1) Herzberg, Unterlassung, S. 259 ff
2) Herzberg, Unterlassung, S. 260 f
3) Herzberg, Unterlassung, S. 13
4) Herzberg, Unterlassung, S. 264. Auch Schünemann skizziert unter ausdrücklicher Berufung auf Schröder ein ähnliches Schema der Beteiligungsbegrenzung (S. 377); da er diese Frage jedoch nur anreißt und lediglich "Hinweise" für den Lösungsansatz geben will, kann seine Ansicht hier nur erwähnt werden.

von Ausnahmefällen in Schröders Methode, die sich überwiegend als unzutreffend erwiesen haben.

Somit gilt auch hier die grundsätzliche Zustimmung zu der Grenzziehung bei der mittelbaren Garantenstellung; denn derjenige, der die Gefahrenquelle überwachen soll und nicht gegen die daraus erwachsende Straftat eines Handelnden einschreitet, erscheint wirklich als Randfigur des Tatgeschehens und damit als Gehilfe.

Interssant ist der Ausnahmefall, bei dem der Überwachungsgarant nach Herzbergs Ansicht zum Täter aufrücken soll:

> A erkennt, daß B den Revolver, den A sorgfaltswidrig unbewacht gelassen hat, für ungeladen hält und im Scherz auf C abdrücken will.

Herzberg will hier den A als Täter behandeln, weil A auch dann, wenn er dem B den Revolver im Hinblick auf dessen Verhalten bewußt gereicht hätte, wegen der besonderen Tatsituation zum Täter geworden wäre (1). Trotz dieses recht zweifelhaften Vergleiches zwischen Erscheinungen der Begehungs- und Unterlassungsdelikte ist dem Ergebnis zuzustimmen, denn A erscheint tatsächlich als die Zentralfigur

---

1) Herzberg, Unterlassung, S. 26o/261; das weitere Beispiel über das 7-jährige Kind soll hier nicht behandelt werden, weil dabei andere Probleme mit zu berücksichtigen wären (s. oben S. 22o) und das Prinzip deshalb nicht so deutlich zutagetreten würde.

des Tatgeschehens. Die Untersuchung, aus welchen Gründen die Gleichstellung des Unterlassenden mit dem Begehungstäter erfolgen muß und welche weiteren Auswirkungen dies hat, bleibt Herzberg schuldig; stattdessen bemerkt er, er halte die Kennzeichnung dieser Konstellation mit dem Begriff der Tatherrschaft und der mittelbaren Täterschaft für eine "vorwiegend terminologische Frage" (1).

Verdient also bei der mittelbaren Garantenpflicht der von Herzberg gebildete "Ausnahmefall" Zustimmung, ist jedoch die fehlende dogmatische Klärung und Systematisierung des Falles zu beanstanden, so gilt dies auch für die grundsätzliche Behandlung des unmittelbaren Garanten: Wie bei Schröders Abgrenzungsmethode (2) ist die Behandlung des unmittelbaren Garanten als Täter entsprechend seiner zentralen Stellung im Tatgeschehen als zutreffend zu bewerten; Herzberg meint jedoch, dies sei allein aus Gleichwertigkeitsgesichtspunkten abzuleiten, "beweisen könne man das nicht" (3).
Im Ergebnis ist auch Herzbergs Ansicht zuzustimmen, der unmittelbare Garant verdiene nur die Strafe des Gehilfen, wenn er durch sein bloßes Unterlassen nicht alle Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes erfüllen kann. Dies läßt sich jedoch zwanglos mit dem sekundären Teilnahmebegriff (4)begründen,

---

1) Herzberg, Unterlassung, S. 261
2) s. oben S. 216 f
3) Herzberg, Unterlassung, S. 261
4) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 268

ohne daß es der Konstruktion einer regelmäßig subsidiären Teilnahme neben der Unterlassungstäterschaft bedarf (1).
Schließlich läßt sich auch gegen die Bemerkung Herzbergs zur Unterlassungsbeteiligung am "echten Begehungsdelikte" (2) im Ergebnis kaum etwas sagen, doch fehlt auch hier wie bei seinen übrigen Ausführungen zur Beteiligungslehre jede inhaltliche Begründung und Systematisierung.

Herzbergs dargelegten Fälle sind also - wie bei Schröder - entsprechend dem Leitbild von Täterschaft und Teilnahme richtig abgegrenzt; die Orientierung an Wertgesichtspunkten hat also auch hier zu zutreffenden Ergebnissen geführt. Dies genügt jedoch allein nicht, um eine überzeugende Abgrenzungslehre darzulegen; hierfür ist vielmehr eine inhaltliche und systematische Ausfüllung der aufgezeigten Einzelfälle erforderlich.

Bei dem Entwurf der eigenen Lösung wird man sich also an den von Schröder und Herzberg aufgestellten Fällen orientieren müssen; zu inrer dogmatischen Begründung können diese Abhandlungen jedoch nichts beitragen.

---

1) Diese Konstruktion ist auf Herzbergs - unzutreffende - Ansicht von den selbständigen Straftatbeständen der Teilnahme zurückzuführen - s. oben S. 1o8 f
2) vgl. zu dieser Begriffsbildung die Ausführungen oben S.72

c. Die Theorie der abgestuften Garantenstellungen (Schwarz, Lüderssen)

Im Mittelpunkt der strafrechtlichen Sanktion des Unterlassens steht die Handlungspflicht, die sich unmittelbar aus der gesetzlichen Tatbestandsbeschreibung oder aus der ungeschriebenen Garantenstellung des Unterlassens ergibt. Daß sie auch bei der Beteiligungslehre eine wichtige Rolle spielen kann, ist erst in neuerer Zeit erkannt worden: In Schröders und Herzbergs wertorientierten Abgrenzungstheorien nehmen die Garantenstellungen noch eine untergeordnete Funktion wahr, indem anhand ihrer Unterschiedlichkeit das Unterlassen in drei Gruppen aufgeteilt wird, die jede für sich auf eine besondere Weise in "täter- und teilnehmergleiches" Verhalten differenziert werden (1); bei Roxin erhalten sie demgegenüber eine wirklich zentrale Bedeutung, weil hier die Pflicht zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges als täterschaftsbegründendes Element angesehen wird (2).
Die in neuester Zeit von Schwarz (3) und Lüderssen (4) entwickelte Theorie verwendet allein die Garantenpflicht als Abgrenzungsmerkmal und gleicht

---

1) s. oben S. 207 ff und 215 ff
2) s. oben S. 178 ff
3) Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation, S. 169 ff
4) Strafgrund der Teilnahme S. 179 ff; er versteht zwar die Garantenpflicht als eine von mehreren Abgrenzungsmerkmalen (S. 182, 208 ff), aber differenziert nicht ein zweites Mal wie Schröder.

insoweit der von Roxin geschaffenen Pflichtdeliktstheorie (1). Beide Autoren behandeln jedoch die Garantenpflicht nicht als undifferenziertes Tätermerkmal, sondern stufen sie entsprechend ihrer Stärke in Täter- bzw. Teilnehmergarantenpflichten ab (2).
Schwarz verschließt sich zwar einer solchen "offenen" Differenzierung des Unterlassens in Täterschaft und Teilnahme, indem er seinen Ausführungen unter ausdrücklicher Berufung auf Kaufmann den Einheitstäterbegriff zugrundegelegt (3); materiell führt er sie jedoch mit dem Herausarbeiten von "Unterlassungen mit Beihilfeunwert" aus (4).
Das "sachlich strukturelle Kriterium" hierfür sieht er im Grad der direkten Nähe des Garanten zum gefährdeten Rechtsgut und bildet danach drei Gruppen: die starken, schwachen und schwächsten Garantenstellungen. Für die starken Garantenstellungen kommen nur solche Personen in Betracht, die unmittelbar für den Bestand des gefährdeten Rechtsgutes verantwortlich sind, und von diesen auch nur wenige, nämlich die Eltern gegenüber

---

1) Das Merkmal des unvollständigen Unterlassungstatbestandes (S. 477 ff) kann hier, wo es um das Prinzip der Abgrenzung geht, außer Betracht bleiben.
2) Dazu, daß eine solche Unterscheidung der Garantenpflichten grundsätzlich möglich ist, vgl. oben S. 212 ff; Lüderssen S. 181 ff, 187 f; Schwarz S. 155, 171
3) Schwarz S. 170, 172
4) Die Unwertdifferenz soll sich aber wohl nur auf die Strafbarkeit auswirken.

den Kindern, die Kinder gegenüber den Eltern und die Eheleute untereinander; sie haften bei der Verletzung des Rechtsgutes als Täter. Schwache Garanten sind all jene, die unmittelbar für den Bestand des Rechtsgutes verantwortlich sind, aber nicht zur Gruppe der starken Garanten zählen - etwa Feuerwehrleute und Ordnungsbeamte - und diejenigen, die nur aufgrund ihrer Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle die Verletzung des Rechtsgutes verhindern müssen; sie sollen nur wie Gehilfen mit der Strafmilderungsmöglichkeit des § 49 Abs. 2 bestraft werden. Schließlich fügt Schwarz diesen Gruppen noch die der "schwächsten Garantenstellungen" hinzu, nämlich die aus vorangegangenem gefährlichen Tun. Hier soll der Garant nur bestraft werden, wenn die Rechtsgüter der §§ 138, 330 c (1) betroffen sind, und auch dann mit der Milderungsmöglichkeit des § 49 Abs. 2 (2).

Diese Abstufung soll außerdem gelten, wenn die Rechtsgutsverletzung von einem Dritten durch vorsätzliches Eingreifen herbeigeführt wird, weil durch die Beteiligung eines Handelnden das Näheverhältnis zwischen dem Garanten und dem Rechtsgut nicht verändert werde (3).

---

1) Da diese Tatbestände keine Rechtsgutsdelikte sind, müßte es richtig heißen: Die Rechtsgüter, die zur Auslösung der Handlungspflicht in den §§ 138, 330 c führen; s. oben S. 56 ff
2) Schwarz S. 165 - 176
3) Schwarz S. 171

Im Rahmen seiner umfassenden Untersuchung der Teilnahmelehre beider Verhaltensweisen differenziert Lüderssen ebenfalls die Garantenstellungen nach der Schutzbeziehung des Unterlassenden zum gefährdeten Rechtsgut (1). Er weicht jedoch in zwei Punkten wesentlich von Schwarz ab: Lüderssen anerkennt die Existenz von täterschaftlichen und teilnehmenden Unterlassungen und ist deshalb nicht auf den Umweg über den "Beihilfeunwert" angewiesen. Außerdem führt er die Abstufung der Garantenstellungen nicht generell durch, sondern macht sie von der Lage des einzelnen Falles, d. h. von der konkreten Schutzbeziehung des Garanten zum Rechtsgut unter Berücksichtigung aller weiteren Tatumstände abhängig.
Wegen dieser Einzelfallentscheidungen kann Lüderssen kein Abstufungsschema vorweisen; er erläutert seine Ansicht daher nur exemplarisch: Bei der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun ist der Unterlassende Täter, wenn es ausschließlich oder ganz überwiegend die von ihm gesetzte Gefahr ist, die die Verletzungshandlung des anderen ermöglicht; nur um eine Teilnehmergarantenstellung soll es

---

1) Daneben differenziert er das Unterlassen nach dem kausalen bzw. quasikausalen Anteil des Unterlassenden an der Tat (S. 204 ff); dieses Vorgehen liegt auf einer ganz anderen Ebene als der hier zu besprechenden; sie ähnelt insoweit stark der im Anschluß hieran zu behandelnden Abgrenzungstheorie Loewenheims. Wegen der Übereinstimmung im Ansatzpunkt und vor allem auch im Ergebnis soll auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden, vgl. also unten S. 244 ff

sich handeln, wenn die Abhängigkeit des Handelnden von der durch die Vorhandlung des Unterlassenden geschaffenen Gelegenheit gering ist (1). Der gleiche Gesichtspunkt wird auch bei der Verantwortlichkeit des Unterlassenden für eine Gefahrenquelle verwandt; hier wird eine Teilnehmergarantenstellung angenommen, wenn die Verletzungshandlung nicht allein oder ganz ausschließlich aus der Gefahr hervorgeht, für die der Unterlassende verantwortlich ist. Hat der Unterlassende schließlich aufgrund einer speziellen Beziehung zum geschützten Rechtsgut für dessen Bestand einzustehen, wird er durchweg als Täter angesehen, weil die Schutzbeziehung hier besonders intensiv ist (2).

Lüderssen macht diese Abstufung ebenfalls nicht grundsätzlich von der Existenz eines aktiv Handelnden abhängig; er bekräftigt vielmehr ausdrücklich, daß ein Unterlassender Teilnehmer sein kann, ohne daß ein Haupttäter vorhanden ist (3).

Eine solche Abstufung der Garantenstellungen nach dem Näheverhältnis zwischen dem Garanten und dem gefährdeten Rechtsgut wurde bereits oben als eine der möglichen Differenzierungsgesichtspunkte erwähnt (4). Sie liegt auch nahe, wenn man die unterschiedlichen Entstehungsgründe

---

1) Lüderssen S. 182
2) Lüderssen S. 185 - 187
3) Diese "Teilnahme ohne Haupttat" sieht er als eine allgemeine Erscheinung der Beteiligungslehre, die auch bei Begehungsdelikten durchaus vorkommen soll, vgl. S. 189, vgl. dazu unten S. 239 ff
4) s. oben S. 214 f

der Handlungspflicht betrachtet: Bei den echten Unterlassungsdelikten (1) folgt die Handlungspflicht aus einem allgemeinen Solidaritätsverhältnis, das in den §§ 138, 330 c seine gesetzliche Fixierung erfahren hat; bei den unechten Unterlassungsdelikten folgt die Handlungspflicht zum Teil aus der besonderen Beziehung zwischen dem Garanten und der sich konkretisierenden Gefahrenquelle, zum Teil aus der besonderen Beziehung des Garanten zum gefährdeten Rechtsgut.
Es ließe sich durchaus denken, daß diese Stufen der allgemeinen, mittelbar und unmittelbar besonderen Beziehung weiter auf die von Schwarz oder Lüderssen entworfene Art präzisiert werden und daß diese Unterteilung eine gewisse Auswirkung auf die Beteiligungslehre besitzt (2). Die von den genannten Autoren erarbeitete Methode ist jedoch hierfür nicht geeignet.

Die Abstufung der Garantenpflicht in ausgesprochene Täter- und Teilnehmerpflichten führt - wie beide ausdrücklich bestätigen - zur Rechtsfigur der "Teilnahme ohne Haupttat": Verhindert der Inhaber einer Teilnehmergarantenstellung pflichtwidrig nicht die Verletzung eines Rechtsgutes, ohne daß auch ein Dritter für das Tatgeschehen verantwortlich ist, - etwa der Leiter einer kleinen chemischen Fabrik läßt das aufgrund eines

---

1) Zu der hier vertretenen Abgrenzung von echten und unechten Unterlassungsdelikten vgl. oben S. 68 ff
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 508 f

Maschinendefekts nichtentgiftete Wasser in einen Fluß laufen, wodurch ein Fischsterben und eine Vielzahl von Krankheiten bei den trinkwasserentnehmenden Anwohnern verursacht werden -, so müßte der Garant als Teilnehmer bestraft werden, obwohl es neben ihm gar keinen anderen Tatbeteiligten und damit gar keinen (Haupt-) Täter gibt. Das aber widerspricht dem Akzessorietätsgrundsatz, der die Beteiligungsregelung des StGB entscheidend trägt (1). Da hiernach die Teilnahme die Existenz einer Haupttat voraussetzt, an die sie sich anlehnen kann, muß die Theorie der abgestuften Garantenstellungen nach Schwarz und Lüderssen schon wegen ihrer gegensätzlichen Ergebnisse verworfen werden.

Schwarz erwähnt mit keinem Wort die Kollision seiner Theorie mit dem Akzessorietätsgrundsatz. Der Grund für das Übergehen dieses wichtigen Aspektes liegt wohl darin, daß er formell vom Einheitstäterbegriff ausgeht und in den von ihm benannten Fällen nur den Strafrahmen der Beihilfe auf das Unterlassen angewendet wissen will. Da er seine Ausführungen jedoch als einen Beitrag zur Beteiligungslehre verstanden wissen möchte und ausdrücklich von Täterschafts- und Beihilfeunwert spricht (2), müßte er sich auch mit dem Problem der gesetzlichen Beteiligungsregelung auseinandersetzen.

Betrachtet man aber auf der anderen Seite, daß er das Unterlassen nicht in zwei täter- und

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem., § 47 RN 58, 78 und § 50 RN 1

2) z. B. auf den Seiten 170, 174

teilnehmergleiche Stufen unterteilt, sondern praktisch in vier - nämlich die der starken, schwachen und schwächsten Garantenstellung und der §§ 138, 330 c (1) - und daß er das teilnahmegleiche Unterlassen nur dem Strafrahmen des § 49 Abs. 2 und nicht den weiteren Auswirkungen der Beihilfe unterstellen will, so wird deutlich, daß es ihm gar nicht um eine Beteiligungslehre, sondern um eine Strafrahmendifferenzierung der Unterlassungsdelikte und damit um das Problem der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen geht. Diese seine eigentliche Absicht scheint auch immer wieder bei seinen Formulierungen durch, wenn er z. B. von der "Gleichstellung" (des Unterlassens) mit der Täterstrafe" (2) spricht oder davon, daß die Differenzierung "bei der Strafzumessung zum Ausdruck kommt" (3).

Eine solche Vermengung der Probleme dient jedoch nicht der Lösung der anstehenden Fragen, sondern führt - wie dieser Abschnitt der Arbeit von Schwarz deutlich ziegt - zu einem verschwommenen und aufgrund seiner Auswirkungen nicht haltbaren Ergebnis.

Die Abgrenzung des Unterlassens nach Täterschaft und Teilnahme und die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen lassen sich nur dann fruchtbringend untersuchen, wenn beide Fragen getrennt voneinander und unter Besinnung auf die jeweils geltenden Prinzipien behandelt werden (4).

---

1) vgl. dazu vor allem S. 169 unter f): "Die terminologische Frage"
2) Schwarz S. 171
3) Schwarz S. 172
4) Zum Problem der Gleichwertigkeit vgl. unten S. 466 ff

Lüderssen setzt sich im Gegensatz zu Schwarz mit dem zu erwartenden Einwand auseinander, daß seine Theorie den Akzessorietätsgrundsatz der Teilnahme verletze. Seiner Ansicht nach ist dieser Tatsache keine große Bedeutung beizumessen, weil das Unterlassen, das auch ohne einen handelnden Dritten als Beihilfe behandelt werden müsse, nicht eine "Teilnahme ohne Haupttat", sondern nur eine der Teilnahme ähnliche Erscheinung sei. Das Gesetz habe mit den Bestimmungen über die Teilnahme nur einen typischen Fall der geringfügigen Mitwirkung an einer Rechtsgutsverletzung aus der vollen täterschaftlichen Bestrafung herausgenommen; es gäbe darüberhinaus noch eine große Anzahl anderer, hinsichtlich des geringen Unrechtsgehaltes gleichartige Fälle, die der "echten" Teilnahmeregelung gleichgestellt werden müßten (1).
Als Beispiel dafür, daß es sich hierbei um eine generelle, nicht nur auf das Unterlassen beschränkte Erscheinung handele, führt Lüderssen den bekannten Fall an, in dem der Delinquent in das vom Blitz entzündete Haus Öl gießt, um das Feuer zu verstärken (2). Trotz eines fehlenden Haupttäters müsse hier der Ölgießer ebenso als Teilnehmer bestraft werden wie der Inhaber einer schwachen Garantenstellung (3).

---

1) Lüderssen S. 190
2) vgl. zu diesem Beispiel auch Kaufmann, Dogmatik S. 296
3) Lüderssen S. 189

Dem kann nicht zugestimmt werden. Lüderssen verliert bei dem Bemühen, seine These von der Haftung des Teilnehmers für eigenes Unrecht zu belegen (1), die gesetzliche Regelung der Teilnahme aus den Augen. Ausgehend von der Gleichheit aller Verbrechensursachen wird hier nämlich von dem Verhältnis der Tatbeteiligten untereinander ausgegangen und nicht umgekehrt vom Gewicht des jeweiligen Tatbeitrages. Das heißt mit anderen Worten, daß im Vordergrund der Beteiligungslehre nicht die absolute - in der Strafhöhe sich ausdrückende - Strafwürdigkeit des Delinquenten steht, sondern seine - relative - Verantwortung an dem verwirklichten Unrecht im Vergleich zu den übrigen Beteiligten. Deshalb wird auch immer wieder darauf hingewiesen, daß die geringere Strafwürdigkeit eines Delinquenten kein Zeichen für dessen Teilnehmerstellung und mithin kein Abgrenzungskriterium für Täterschaft und Teilnahme ist (2).
Wenn ein Delinquent ein Unrecht allein herbeigeführt hat, so ist er der "Hauptverantwortliche" und gemäß dem von ihm erfüllten Straftatbestand als Täter zu bestrafen; die weitere Frage, ob er aufgrund seines Verhaltens den vollen Umfang

---

1) vgl. Lüderssen S. 58 ff
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 30. Daß die geringe Strafwürdigkeit oben auf S. 152 f als Leitlinie herausgestellt wurde, steht dem nicht entgegen; denn sie soll ausdrücklich nur als Kontrollmerkmal und nur unter den besonderen Verhältnissen der Unterlassungsdelikte verwendet werden.

des für diesen Straftatbestand erforderlichen Unrechtes erfüllt hat, ist bei der Strafzumessung und - was eigentlich an den Anfang der Prüfung gehört - bei der Auslegung des Tatbestandes zu berücksichtigen.

Für den Ölgießer-Fall bedeutet dies, daß zunächst zu prüfen ist, ob der Delinquent durch das Hineingießen des Öles in das Feuer das Haus überhaupt "in Brand gesetzt" hat, wie von § 306 gefordert wird (1). Erst wenn diese Frage bejaht ist, d. h. wenn das Verhalten vom Tatbestand des § 306 erfaßt wird, kann entsprechend des im Einzelfall erfüllten - "absoluten" - Unrechts innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens die Strafhöhe festgesetzt werden.

Hieraus ergibt sich auch das weitere Argument gegen Lüderssens Lehre von der "Teilnahme ohne Haupttat": Die Teilnahmevorschriften der §§ 48 ff sind nach der weitaus herrschenden Meinung "Tatbestandsausdehnungsgründe" (2). Mit ihrer Hilfe können auch solche Verhaltensweisen, die für sich gesehen den Straftatbestand nicht erfüllen, als Teilnahmehandlung bzw. -unterlassung bestraft werden. Wenn A dem B zu einem Diebstahl geraten hat, kann A -, obwohl er nichts weggenommen hat und auch keine Zueignungsabsicht besaß - als Diebstahlsgehilfe bestraft werden, weil er "dem

---

1) vgl. dazu OLG Hamm NJW 1960, 1874; Mezger-Blei, StuB II BT S. 244; Schönke-Schröder, § 306 RN 13

2) "restriktiver Täterbegriff" s. Roxin, Täterschaft, S. 28; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 250; Schönke-Schröder, § 47 RN 9 mwN; besonders anschaulich Zimmerl ZStW 54, 575 ff

Täter zur Begehung einer als Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat wissentlich Hilfe geleistet hat" (§ 49).
Dehnt man nun mit Lüderssen die Teilnahmevorschrift über ihren gesetzlich fixierten Raum der Beteiligung mehrerer an einer Straftat auch auf die Fälle der "Teilnahme ohne Haupttat" aus, so verläßt man die Grundlage der gesetzlichen Strafvorschrift und verstößt damit gegen den nulla poena-Grundsatz.
Würde also in dem Ölgießer-Fall das Verhalten des Alleinverantwortlichen nicht den ganzen Straftatbestand erfüllen, weil der Delinquent nicht das gesamte tatbestandliche Unrecht auf sich geladen hat, so dürfte er nicht mit Hilfe der Rechtsfigur des "Teilnehmers ohne Haupttat" für das von ihm begangene "partielle" Unrecht bestraft werden - auch nicht mit der Milderungsmöglichkeit des § 49 Abs. 2, weil er eben nicht den straferweiternden Tatbestand des § 49 erfüllt hat.
Die Alternative für den Alleinverantwortlichen heißt also tatsächlich: Entweder volle Täterbestrafung innerhalb des Strafrahmens des jeweiligen Tatbestandes oder Straffreiheit. Die gegenteiligen Ausführungen von Lüderssen sind also - auf dem Boden der gegenwärtigen Gesetzesfassung und der darauf aufbauenden Lehre vom restriktiven Täterbegriff - unzutreffend.

In diesem Zusammenhang läßt sich auch noch ein letztes Argument entkräften, mit dem Schwarz

und Lüderssen ihre Theorien von der Täter- und Teilnehmergarantenstellungen zu stützen suchen: Wenn ein Unterlassender, der nur eine schwache Garantenstellung innehat, neben einem handelnden Dritten nur als Gehilfe zu bestrafen ist - wie vielfach aufgrund unterschiedlicher Erwägungen angenommen wird (1) -, dann sei nicht einzusehen, warum er beim Fehlen des Handelnden mit einem Mal als Täter behandelt werden soll, obwohl er sich völlig gleich verhalten hat (2).

Hierzu ist zunächst im Anschluß an das oben Gesagte zu bemerken, daß dies durchaus nicht immer der Fall ist: Erfüllt der Unterlassende nämlich nicht alle Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes, weil er z. B. den geschützten Gegenstand nicht "weggenommen" hat, so kann er als der Alleinverantwortliche - neben einem "stehlenden" Tier - nicht nach dieser Vorschrift bestraft werden, während er neben einem verantwortlich Handelnden als Gehilfe zu bestrafen war.

Aber auch grundsätzlich ist dieses Argument nicht überzeugend. Für die Frage, ob ein Verhalten als Täterschaft oder Teilnahme behandelt werden muß, ist nicht unbedingt entscheidend, was der Delinquent getan hat, sondern in welchem Verhältnis sein Verhalten zu den Tatbeiträgen

---

1) so die Gleichwertigkeitstheorie oben S. 200 ff und teilweise die Tatherrschaftstheorie oben S.162ff und die wertorientierten Garantenpflichttheorien oben S. 207 ff

2) Schwarz S. 171; Lüderssen S. 188 f; beide unter Berufung auf Roxin, Täterschaft, S. 509

der anderen Beteiligten steht. Ebenso wie daselbe Unterlassen der gebotenen Rettungshandlung kann dasselbe positive Tun unter verschiedenen Tatsituationen einmal zur Täterschaft und einmal zur Teilnahme führen: A schneidet die Telefonleitung zum Haus des C durch, damit dieser keine Hilfe herbeiholen kann, wenn das Gift zu wirken beginnt; hat B dem C das Gift in die Suppe getan, um diesen zu töten, so könnte die Handlung des A nur als eine absichernde Beihilfehandlung angesehen werden - hat C sich die Suppe aus selbstgesammelten, giftigen Pilzen gekocht und A dies zu seiner Freude erfahren, so wäre das Kappen der Telefonleitung als eine Täterhandlung im Hinblick auf die Tötung des C anzusehen.
Dieser "relative" Aspekt der Beteiligungslehre, der eben nicht das "absolute" Gewicht des Tatbeitrages für die Rechtsgutverletzung, sondern sein "relatives" Gewicht im Vergleich zu den übrigen Beteiligten in den Vordergrund der Untersuchung stellt, gilt natürlich auch bei den Unterlassungsdelikten. Es wäre also durchaus nicht ungewöhnlich und zu beanstanden, wenn der Unterlassende bei bestimmten Garantenpflichten neben einem handelnden Dritten als Gehilfe und ohne einen solchen Handelnden als Täter zu bestrafen wäre (1).

Auch hiermit läßt sich die Theorie der abgestuften Garantenpflichten nicht stützen. Sie läßt sich also weder in die gesetzliche Beteiligungslehre

---

1) vgl. auch Gallas JZ 1960, 687

einfügen, noch besteht für sie eine systematische Notwendigkeit.
Zudem ist sie in der von Lüderssen dargelegten Art, die Stärke bzw. Schwäche der Garantenstellung von den weiteren Umständen der Fallgestaltung abhängig zu machen, unpraktikabel, weil sie zu einer unübersehbaren Auffächerung von Differenzierungsgruppen führen würde.
Diese Lehre kann also in keinerlei Beziehung unsere Zustimmung erhalten.

d. Die Theorie des schnellsten und zweckmäßigsten Rechtsgutschutzes (Loewenheim)

Loewenheims Abgrenzungstheorie zählt nicht zu den bedeutendsten. Dennoch erscheint es wichtig, sie hier zu behandeln, weil sie exemplarisch für eine Tendenz ist, die angesichts der unbefriedigenden Ergebnisse der geläufigen Abgrenzungstheorien entstehen kann.
Keines der bisher untersuchten Verfahren konnte Unterlassungstäterschaft und -teilnahme entsprechend den oben herausgearbeiteten Leitlinien und mit stichhaltiger Begründungen voneinander abgrenzen. Weder die bei den Begehungsdelikten gebräuchlichen Abgrenzungsmerkmale, noch die Garantenpflicht und die Gleichwertigkeitsgesichtspunkte konnten die ihnen gestellte Aufgabe befriedigend lösen. Da auch die Kombinationsmöglichkeiten zwischen diesen Kriterien erschöpft scheinen,

liegt es nahe, die ausgefahrenen Spuren zu verlassen und einen völlig neuen Weg zur Lösung dieses Problems zu beschreiten. Loewenheim hat dies versucht.

Für ihn ist derjenige Unterlassende Täter, dessen erwartete Handlung das Rechtsgut am unmittelbarsten, d. h. am schnellsten und zweckmäßigsten geschützt hätte; Teilnehmer soll dagegen derjenige sein, dessen erwartete Handlung nur einen mittelbaren Schutz des Rechtsgutes herbeigeführt hätte (1).

Zu diesem Ergebnis gelangt er auf die folgende Weise: Bei der Feststellung der Kausalität anhand der bekannten Formeln (2) muß bei Begehungsdelikten das rechtswidrige Tun hinweggedacht und bei Unterlassungsdelikten das erwartete Tun hinzugedacht werden, um die Abhängigkeit des Erfolges vom Verhalten des Delinquenten zu prüfen. Untersucht man die Theorien zur Abgrenzung der Beteiligungsarten bei den Begehungsdelikten daraufhin, ob sie unter Anwendung dieses Differenzierungsgesichtspunktes auch auf Unterlassungsdelikte angewendet werden können, so bietet sich hierfür allein die materiell-objektive Theorie Max-Ernst Meyers an (3): Begehungstäter ist hiernach derjenige, dessen Handlung einen unmittelbaren Angriff auf das Rechtsgut darstellt, während der Teilnehmer den

---

1) Loewenheim S. 62, 56; vgl. auch Lüderssen S. 205 hinsichtlich des - neben der Garantenstellung - maßgebenden Kausalfaktors; ähnlich bestimmt auch Woerner die Tatherrschaft des Unterlassenden, vgl. oben S. 173

2) dazu oben S. 41 f

3) Max-Ernst Meyer, Lehrbuch, S. 403; vgl. auch Eb. Schmidt, Frank-Festgabe II, S. 118

Angriff des Täters nur unterstützt. Überträgt man in "methodischer Parallelität" die Unterschiede bei der Kausalitätsformel auf diese Abgrenzungstheorie, so muß der Unterlassende derjenige sein, dessen erwartete Handlung einen unmittelbaren Schutz für das Rechtsgut dargestellt hätte.

Loewenheim erläutert seine Ansicht an den folgenden Beispielen:

> Die Bademeister A und B stehen am Beckenrand und sehen untätig zu, wie C ertrinkt; B hat den Arm gebrochen und kann deshalb nicht schwimmen.

Da A den C selbst retten kann, soll er Täter sein und B, der nur andere zu Hilfe holen könnte, soll nur Teilnehmer sein.

> A verspricht dem Bahnwärter B eine hohe Belohnung, falls dieser den Zug entgleisen läßt: B geht darauf ein.

Hier soll zu prüfen sein, "durch welche der erwarteten Handlungen die Sicherheit des Rechtsgutes am besten garantiert worden wäre"; da die von A erwartete Nichtvornahme der Anstiftung das Rechtsgut "weniger wirksam geschützt" hätte als das Weichenstellen durch B, soll dieser Täter und jener Teilnehmer sein (1).

Wenn Loewenheim den Blick auf die von dem Garanten erwartete Handlung lenkt, so bedeutet das im Vergleich zu den Anknüpfungspunkten der übrigen

---

1) Loewenheim S. 55 u. 52

Theorien eine Bereicherung. Es leuchtet auch ein, daß dieses Element für die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen nicht ganz unbedeutend ist. Knüpft man jedoch allein an das Verhalten an, zu dem der Unterlassende verpflichtet ist, so verlagert man den Schwerpunkt der strafrechtlichen Betrachtung zu sehr vom rechtswidrigen auf das rechtmäßige Tun. Diese Akzentverschiebung wurde bereits oben bei der Auseinandersetzung mit der Tatherrschaftstheorie (1) und mit Kaufmanns Umkehrprinzip (2) - das im übrigen deutlich bei Loewenheim durchscheint - als unzulässig bezeichnet. Das gilt auch für Loewenheims Abgrenzungstheorie, so daß gegen sie schon vom Prinzip her Bedenken anzumelden sind.

Darüberhinaus sind Loewenheim bereits bei der Ableitung seiner Theorie entscheidende Fehler unterlaufen. Schon die Wahl der materiell-objektiven Beteiligungslehre von Max-Ernst Meyer als Ausgangspunkt seiner Abgrenzungstheorie ist unzutreffend. Sie hat sich nämlich bei den Begehungsdelikten als unbrauchbar erwiesen, weil nach den gesetzlichen Vorschriften der Täter keineswegs stets die Rechtsgutsverletzung "unmittelbar" herbeigeführt haben muß, und auf der anderen Seite der unmittelbare Verursacher auch Teilnehmer sein kann (3).

---

1) s. oben S. 166
2) s. oben S. 10 ff, insbes. 13 f
3) vgl. statt vieler: Roxin, Täterschaft, S. 40 f

Anstatt daß Loewenheim diese schon längst bekannten Schwächen der materiell-objektiven Abgrenzungstheorien zum Anlaß nimmt, den Ausgangspunkt seiner eigenen Theorie kritisch zu überprüfen, geht er hierauf mit keinem Wort ein; als "Beweis" dafür, daß die Abgrenzungsformel von Max-Ernst Meyer gültig sei, läßt er allein den Umstand genügen, daß sie sowohl auf Begehungsdelikte als auch - in der genannten Abwandlung - auf Unterlassungsdelikte anwendbar ist (1). Bei einer etwas näheren Untersuchung der "doppelten" Anwendbarkeit dieser Formel hätte er jedoch erkennen müssen, daß dies keineswegs als Beweis für ihre Richtigkeit angesehen werden kann. Da die materiell-objektive Abgrenzungstheorie auf der Differenzierung der Kausalbeziehungen zwischen dem Handelnden und dem Erfolg beruht, ist es nämlich ganz selbstverständlich, daß sie nach einer Kausalitätsformel entsprechenden Abwandlung auch auf Unterlassungsdelikte angewendet werden kann.

Ohne auf Loewenheims weitere methodische Fehler einzugehen - insbesondere bei der Aufstellung der Gleichung: unmittelbarer Rechtsgutsangriff und schnellster, zweckmäßiger Schutz des Rechtsgutes - soll im folgenden nur noch das Ergebnis der von ihm vorgeschlagenen Abgrenzung kurz behandelt werden.
Als positiv ist zu vermerken, daß er im Gegensatz zu den meisten Beteiligungslehren der Unterlassungsdelikte auch auf das Verhältnis von mehreren

---

1) Loewenheim S. 54 Anm. 168

Unterlassenden zueinander eingeht. Meist wird nämlich übersehen, daß nicht nur beim Zusammentreffen von einem Unterlassungsdelinquenten, sondern auch beim Zusammentreffen mehrerer Unterlassender das Beteiligungsproblem entsteht - auch wenn letzteres nur relativ selten vorkommt (1).

Ob in Loewenheims Bademeister-Fall der eine unmittelbar und der andere mittelbar durch Einschalten eines Dritten den Erfolg abwenden kann, ist für die Bewertung des Unterlassens nur von geringer Bedeutung und kann deshalb allenfalls für die Strafzumessung, nicht jedoch für die Beteiligungslehre bestimmend sein (2). Aufgrund ihrer Garantenstellung sind beide Bademeister zu der ihnen möglichen Erfolgsabwendung verpflichtet - auf welchem Wege dies geschehen soll, kann für ihre Stellung nicht entscheidend sein; andernfalls würde nämlich die Beteiligungsfrage völlig vom Zufall der jeweiligen Situation abhängen: Wenn in dem bereits mehrfach erwähnten Zeitbomben-Fall (3) zwei Garanten unter den Zuschauern am Straßenrand stehen, müßte derjenige Täter sein, der die Zeitbombe aufgrund seines Aufenthaltsortes noch selbst erreichen und entschärfen kann, während der andere, der in der letzten Reihe zwischen anderen Zuschauern eingekeilt ist, nur als Teilnehmer zu bestrafen wäre, weil er nur mit Hilfe anderer die Gefahr abwenden kann.

---

1) vgl. unten S. 298 ff und 399 f
2) so auch Lubberger S. 70
3) vgl. oben S. 170

Auch beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen erweist sich die Abgrenzung nach dem "wirksamsten Schutz für das Rechtsgut" nicht als geeigneter. Dies zeigt schon der von Loewenheim gebildete Bahnwärter-Fall. Zunächst muß gerügt werden, daß er bei dieser Konstellation die Beteiligungsart des Handelnden nicht mit Hilfe der Begehungsversion der Abgrenzungsformel bestimmt, sondern mit Hilfe der Unterlassungsversion. Während nämlich nach der Abgrenzungsformel von Max-Ernst Meyer die "unmittelbare bzw. mittelbare Erfolgsherbeiführung" über die Beteiligung des Handelnden entscheidet, soll beim Zusammentreffen mit einem Unterlassenden maßgebend sein, ob das von dem Handelnden erwartete rechtmäßige Verhalten "die Sicherheit des Rechtsgutes am besten garantiert hätte" (1).

Selbst dieser Bruch wäre noch tragbar, wenn die Grenzziehung in Täterschaft und Teilnahme durch die Abgrenzungsformel in wertmäßig zutreffender Weise erfolgte. Aber auch hiervon kann keine Rede sein: Fragt man beim gleichzeitigen Auftreten eines Unterlassungs- und eines Begehungsdelinquenten, wessen Verhalten im Falle ihrer Rechtstreue den besten Schutz für das Rechtsgut garantiert hätte, so wird fast durchweg immer die Entscheidung auf den aktiv Handelnden fallen; denn durch sein Tun ist die Gefahr meist erst entstanden. Nur wenn er - als Gehilfe - dem

---

1) Loewenheim S. 55

Unterlassenden rät, das gefährdete Rechtsgut nicht zu schützen, käme man zu einem anderen Ergebnis. Soweit könnte dem Ergebnis der Grenzziehung noch zugestimmt werden.
Aber schon dann, wenn der Handelnde durch seinen Rat den Unterlassungsentschluß bei dem Garanten hervorgerufen und dmit gemäß der Vorschrift des § 48 eine Anstiftung begangen hat, müßte man ihm die gewichtigere Schutzrolle zuerkennen, weil er den entscheidenden Anstoß für das rechtswidrige Geschehen gegeben hat. Hier würde man also ein Verhalten in offensichtlichem Gegensatz zum Gesetz (1) mit Hilfe der Abgrenzungsformel Loewenheims zur Täterschaft einstufen. Zwar kommt Loewenheim in seinem Bahnwärter-Fall zu einem anderen Ergebnis; solange der Bahnwärter ohne das Versprechen des Handelnden auch bei dieser Gelegenheit die Weiche wie immer stellen wollte, erscheint jedoch Loewenheims Folgerung nicht schlüssig, denn das Rechtsgut wäre am besten geschützt worden, wenn der Handelnde den Bahnwärter gar nicht auf die Unterlassungsidee gebracht hätte.
Letztlich verdeutlicht dieser Fall jedoch eine entscheidende Schwäche dieser Abgrenzungsformel: Die Kriterien des "zweckmäßigsten, schnellsten oder wirksamsten" Schutzes für das gefährdete Rechtsgut ermöglichen keine auch nur einigermaßen sichere Grenzziehung, da sie jeweils eine

---

1) anders Kaufmann, Dogmatik, S. 191

von dem subjektiven Standpunkt des Betrachters abhängige Wertung der Tatumstände voraussetzen. Hinzu kommt noch, daß es sich dabei um eine rein hypothetische Betrachtung handelt, die also noch von weiteren schwer kalkulierbaren Umständen abhängt (1).

Damit ist Loewenheims "neuer Weg" auch vom Ergebnis her allenfalls als Leitlinie brauchbar, nicht jedoch als konkrete Abgrenzungstheorie, die im Einzelfall und besonders in Grenzfällen eine exakte Trennung von Täterschaft und Teilnahme ermöglicht.

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 464/465 und 598

III. Entwurf einer Lösung der Abgrenzungsprobleme von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten

Trotz aller Kritik konnte bei den vorstehenden Untersuchungen festgestellt werden, daß die meisten Abgrenzungstheorien zumindest in einem Teilbereich Zustimmung verdienen. Hieraus jedoch den Schluß zu ziehen, mit Hilfe dieser Teillösungen sei eine neue und zutreffende Abgrenzungstheorie zusammenzustellen, wäre aus zwei Gründen verfehlt.

Erstens lassen sich die Teillösungen kaum zu einer Einheit verschmelzen: Bei der Pflichtdeliktstheorie waren es z. B. der Ausgangspunkt - nämlich das Anknüpfen an die Eigenart des Straftatbestandes bei der Bestimmung des jeweils anzuwendenden Abgrenzungsprinzips - sowie die Betonung der Pflichtwidrigkeit des Unterlassenden, die als zutreffend befunden wurden; bei der Gleichwertigkeitstheorie war es unter anderem die Feststellung, daß das Unterlassen durch das vorsätzliche Eingreifen eines Handelnden in das Geschehen in seiner Bedeutung verändert und der Unterlassende aufgrund dessen häufig wie ein Gehilfe behandelt werden kann; bei den wertorientierten Garantenpflichtstheorien war es die grundsätzlich unterschiedliche Behandlung der beiden ersten Gruppen der Garantenstellungen usw.

Aus dieser und weiteren positiv vermerkten Erscheinungen der behandelten Abgrenzungstheorien eine

Einheit zu schaffen, dürfte unmöglich sein, denn sie enthalten so Unterschiedliches und zum Teil auch Gegensätzliches, daß sie schon vom Grundsatz her kaum in Einklang gebracht werden können.
Zweitens könnte ein solch zusammengesetztes Gebilde nicht den Anforderungen entsprechen, die an eine Gesetzesinterpretation zu stellen sind: Damit entfiele nämlich völlig die Auseinandersetzung mit den Wertgesichtspunkten des Gesetzes und den sachlichen Gegebenheiten der zu behandelnden Materie, die eine Abgrenzungstheorie zwischen den beiden Grundarten strafrechtlicher Verantwortlichkeit erst materiell rechtfertigen und in das System des Strafrechtes einpassen können, und das Abgrenzungsverfahren würde somit ohne jeden dogmatischen und wertmäßigen Halt in den Raum gestellt.

Auf der anderen Seite dürfen jedoch bei der Entwicklung der eigenen Lösung die als zutreffend bzw. als möglich herausgestellten Abgrenzungen nicht völlig übergangen werden. Sie sind Orientierungspunkte auf dem einzuschlagenden Weg und werden in dieser Funktion häufig eine wertvolle Hilfe sein.
Zudem werden die folgenden Ausführungen durch die zum Teil gründlichen Untersuchungen bei den bestehenden Theorien erleichtert werden, weil die Gedankengänge teilweise nicht noch einmal entwickelt werden müssen und die Ergebnisse bereits überprüft wurden. Somit wird im folgenden immer wieder auf das Vorstehende zurückgegriffen werden können,

ohne damit die Eigenständigkeit der zu entwickelnden Lösung in Frage zu stellen.

1. Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen

Das Schwergewicht der Beteiligungsprobleme bei Unterlassungsdelikten liegt in der Abgrenzung des Unterlassens nach Täterschaft und Teilnahme.

Daß eine solche Differenzierung grundsätzlich möglich ist, wurde bereits im ersten Teil der Arbeit dargelegt: Das Unterlassen ist als eine selbständige Form strafrechtlich relevanten Verhaltens in das System des Strafrechts aufgenommen (1) und damit auch den Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches unterstellt worden - soweit dem nicht das Wesen des Unterlassens entegegensteht. Es konnte festgestellt werden, daß alle Formen der Täterschaft und die Teilnahmeform der Beihilfe mit dem Unterlassen zu vereinbaren sind, die gesetzlichen Voraussetzungen der Anstiftung jedoch von einem Unterlassenden nicht erfüllt werden können (2).

Unterlassungstäterschaft und -teilnahme gibt es also; es bleibt nun zu prüfen, wie sie voneinander unterschieden werden können.

Die Prüfung wird in groben Zügen den folgenden Verlauf nehmen: Die Unterscheidung der beiden

---

1) vgl. oben S. 21 ff
2) vgl. oben S. 74 ff und 96 ff; zur Anstiftung vgl. S. 116 ff, 132 ff

Beteiligungsarten erfolgt bei den Unterlassungsdelikten - wie bei den Begehungsdelikten (1) - entsprechend der Eigenart der jeweiligen Tatbestände nach drei verschiedenen Prinzipien. Demzufolge ist zunächst bei den Rechtsguttatbeständen der tatherrschaftsbezogene (a) und dann der pflichtbezogene (b) Täterbegriff und schließlich der Täterbegriff der Verhaltenstatbestände (c) darzulegen.

Die drei Gruppen werden im Laufe der Untersuchung noch näher abgegrenzt werden; zur Orientierung sollen sie hier jedoch schon kurz skizziert werden: Im ersten Teil dieser Arbeit waren bereits die Unterlassungsdelikte aufgrund einer Vielzahl von dogmatischen Abweichungen in zwei grundlegend unterschiedliche Typen unterteilt worden, nämlich die unechten Unterlassungsdelikte, deren Strafgrund die auch von einem Begehungstäter möglicherweise erfüllbare Beeinträchtigung eines Rechtsgutes ist, und die echten Unterlassungsdelikte, bei denen nur ein sozialwidriges Verhalten bestraft wird (2). In der letzten Gruppe ist für die Abgrenzung der Beteiligungsarten der verhaltensgebundene Täterbegriff maßgebend.

In der ersten Gruppe ist danach zu unterscheiden, ob der Unterlassende allein nach dem Gewicht seines Beitrages für die Straftat zu bestrafen ist oder ob er unabhängig hiervon für jede von ihm zu verantwortende Rechtsgutbeeinträchtigung als Täter haftet. Dies hängt von der Art des von ihm erfüllten Unterlassungstatbestandes ab: Trifft

---

1) vgl. oben S. 179 ; Roxin, Täterschaft, S. 386
2) s. oben S. 53 ff

ihn die Pflicht, das Rechtsgut gegenüber jeglicher Beeinträchtigung zu schützen und somit unmittelbar für dessen Bestand einzustehen, so kann hieraus seine Verantwortlichkeit als Täter wegen der Verletzung dieser besonderen Pflichtbeziehung abgeleitet werden; wenn er dagegen zur Überwachung und Eindämmung von Gefahrenquellen verpflichtet ist, so bestimmt sich seine Verantwortlichkeit für die von ihm nicht verhinderte Straftat danach, ob er sie beherrschte.

a. Das Tätermerkmal der Tatherrschaft

Die Erkenntnis, daß das Tatherrschaftsprinzip bei den Begehungsdelikten - wenigstens in einer großen Deliktsgruppe - über die Täterschaft entscheidet, hat sich in der Lehre und auch in der Rechtsprechung durchgesetzt (1). Diese weitgehende Übereinstimmung ist jedoch auf die Begehungsdelikte beschränkt. Bei den Unterlassungsdelikten wird das Herrschaftsprinzip auch von solchen Autoren, die es sonst mit besonderem Nachdruck befürworten (2), aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt. Dies muß - ganz abgesehen von den einzelnen Gründen der Ablehnung (3) - überraschen, denn der Begriff der Herrschaft ist gar nicht an eine bestimmte Verhaltensart gebunden, sondern beruht

---

1) vgl. BGHSt 8, 70, 73; 13, 162, 166; BGH JR 1955, 304
2) Gallas JZ 1952, 372 und JZ 1960, 686; Roxin, Täterschaft, S. 463
3) s. oben S. 184 f, 202

auf Abhängigkeistverhältnissen aus den unterschiedlichsten Gründen.
Wegen dieser ablehnenden Meinung kann hier nicht auf die allgemeine Anerkennung dieses Täterprinzips bei den Begehungsdelikten verwiesen, sondern es muß das Tatherrschaftsprinzip eigens für die Unterlassungsdelikte abgeleitet und begründet werden.

(I) Das Tatherrschaftsprinzip bei Unterlassungsdelikten

Soweit die Straftatbestände dem Rechtsgüterschutz dienen (1), erfassen sie einen rechtsgutsverletzenden oder -gefährdenden Geschehensablauf und belegen den Verantwortlichen für das Geschehen mit der Strafdrohung. Die Frage, ob jemand der Verantwortliche ist, wird anhand der Merkmale objektiver und subjektiver Zurechnung entschieden, deren Bestimmung und Ausgestaltung einen großen Teil der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung einnehmen. Die Beteiligungslehre setzt sich mit der Frage auseinander, wie, d. h. in welchem Maße der Betroffene für das strafrechtliche Geschehen verantwortlich ist; gemäß der oben skizzierten Leitlinie ist also festzustellen, ob der Delinquent als Zentralgestalt oder als Randfigur des Tatgeschehens verantwortlich ist (2).

1) vgl. oben S. 28 ff. Auch Verhaltenstatbestände können dem Rechtsgüterschutz dienen, indem in ihnen ein für Rechtsgüter gefährliches Verhalten unter Strafe gestellt wird; dieser Schutz hat jedoch nicht unmittelbar im Tatbestand Ausdruck gefunden, dieser enthält vielmehr ein eigenes "Verhaltens"-Unrecht, das unabhängig von der Rechtsgutsbeeinträchtigung erfüllt wird.
2) s. oben S. 148 f

Der Gesetzgeber kann die Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem rechtsgutsbeeinträchtigenden Geschehen qualifizieren, indem er für die vollständige täterschaftliche Zurechnung der Tat entweder eine besondere Pflichtenstellung (1) oder sogar ein bestimmtes persönliches Verhalten (2) verlangt. Sieht man jedoch von diesen gesetzlichen Sonderfällen ab und untersucht die Beziehung zwischen dem strafrechtlich relevanten Geschehensablauf und demjenigen, der als Hauptverantwortlicher im Zentrum des Tatgeschehens steht, so erkennt man alsbald, daß diese Person den Verlauf des Geschehens entscheidend bestimmt und dadurch ihren eigenen Tatwillen verwirklicht. Dieser Grundgedanke des im einzelnen sehr umstrittenen Tatherrschaftsbegriffs (3) beruht demnach auf der Zurechnung der Tat (4), wobei man davon ausgeht, daß die Identifizierung des Täters mit der Tat dort angebracht ist, wo der Verantwortliche durch seinen entscheidenden Einfluß das Tatgeschehen bestimmt.
Da also die Tatherrschaft die denkbar engste Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Geschehen kennzeichnet, stellt sie das allgemeine, grundlegende Prinzip täterschaftlicher Zuwendung eines Kausalgeschehens dar, das beim Fehlen besonderer gesetzlicher Täteranforderungen Anwendung

---

1) vgl. unten S. 350 ff
2) vgl. unten S. 389 ff
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 107; Gallas, Materialien, S. 121; Sax JZ 1963; Dreher MDR 1964, 337
4) Zur personalen Zurechnung des Taterfolges vgl. auch die ausführlichen Erörterungen Schünemanns (S. 234 ff).

finden muß (1).

Auch wenn in einzelnen Tatbeständen ein Verhalten typisiert ist, das nur in der jeweils bestimmten Verhaltensweise erfüllt werden kann, so wenden sich doch die Rechtsgutstatbestände - schon um des umfassenden Rechtsgüterschutzes willen - sowohl an den handelnden als auch den unterlassenden Verantwortlichen (2). Sind demnach Tun und Unterlassen nebeneinander in den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz eingefügt, so liegt die Annahme nahe, daß der "Grad" der Verantwortlichkeit bei beiden Verhaltensweisen nach dem gleichen Prinzip bestimmt werden kann.
Von der Aufgabenstellung und der strafrechtlichen Situation her läßt sich dagegen nichts einwenden, denn auch beim Unterlassenden gilt es festzustellen, ob er die Zentralgestalt oder eine Randfigur des tatbestandsmäßigen Geschehens ist. Bedenken gegen die Anwendung des gleichen Abgrenzungsprinzips könnten sich hier allem Anschein nach nur aus den Umständen ergeben, die im Wesen des Unterlassens bzw. des Unterlassungstatbestandes begründet sind.

---

1) Zur Begründung des Herrschaftsprinzips als des allgemeinen Zuwendungsmerkmals vgl. Schünemann S. 235 f; er übersieht jedoch, daß daneben - auch im Bereich der "Erfolgsdelikte" noch weitere Zuwendungsmerkmale existieren, die nicht durch das Herrschaftsprinzip gedeckt sind - vgl. unten S. 350 des Pflichtprinzip; seine Rechtsfigur der Herrschaft über die Anfälligkeit des Opfers wirkt hier recht gekünstelt (vgl. Schünemann S. 334 ff und unten S. 360, Anm. 1
2) vgl. oben S. 28 ff

(1) Die Möglichkeit der Tatherrschaft des Unterlassenden

Schünemann hat in seiner Untersuchung über Grund und Grenzen der Garantenpflicht das Herrschaftsprinzip als Grundlage der Erfolgszurechnung bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten herausgestellt und dabei die Anwendbarkeit dieses Prinzips für beide Deliktsarten nachgewiesen (1). Seine Abhandlung kann aber hier - bei dem Versuch, Formen der Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten zu finden - nicht weiterhelfen, denn zunächst sieht Schünemann die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun als nicht durch das Herrschaftsprinzip gedeckt an (2); damit könnten - soweit man Schünemanns Ansicht folgt (3) - eine aus seinem Herrschaftsprinzip gegründete Beteiligungslehre nicht

---

1) Schünemann S. 234 ff
2) Schünemann S. 313 ff
3) Die Argumentation, mit der er die Ingerenz aus dem Herrschaftsprinzip auszuschließen versucht, erscheint nicht ganz überzeugend: Begründet allgemein eine Handlung kraft der personalen Steuerung der Körperbewegung eine Herrschaft über die so gesetzte Erfolgsursache (S. 236), so müßte doch auch das Vorverhalten der Ingerenz eine solche Herrschaft über diese Erfolgsursache erzeugen. Hier nach einem unmittelbaren und mittelbaren Kausalnexus zwischen der herrschaftsbegründenden Handlung und dem Erfolg zu unterscheiden (S. 300 f), erscheint kaum gerechtfertigt, zumal ja auch bei Begehungsdelikten ganz entfernte Kausalbeziehungen zur Erfolgszurechnung ausreichen.

alle garantenpflichtwidrigen Unterlassungen erfassen, die nach der überwiegenden Ansicht strafwürdig sind.
Entscheidend ist jedoch, daß die Herrschaft des Unterlassenden über eine Ursache des Taterfolges (1) zwar der Grund für dessen Zurechnung sein mag, jene Form der Herrschaft sagt aber nichts über die Beziehung des Unterlassenden zum konkreten Tatgeschehen und damit zu seiner Stellung als Täter oder Teilnehmer aus. Die Herrschaft über die Erfolgsursache ist eine statische, verhaltensunabhängige Beziehung zu einem Teil der Tat, ohne daß dabei der konkrete Tatverlauf und die verschiedenen Faktoren der Einflußnahme Dritter berücksichtigt werden; diese Eigenschaften muß aber ein Tatmerkmal besitzen, falls es der Beteiligungslehre Nutzen bringen soll.

Ist also nach der Möglichkeit der Tatherrschaft in dem eigentlichen Wortsinne zu fragen, so erscheint zunächst zweifelhaft, ob ein Unterlassender ein "Tatgeschehen" überhaupt "beherrschen" kann.
Daß er durch "zweckgerichtete Eingriffe" den Tatverlauf auf den Erfolg hin nicht steuern und deshalb die so oder ähnlich lautenden Definitionen

---

1) Eine Herrschaft des Garanten über die Anfälligkeit des Opfers kann wohl bei den Garantenpflichten aus Verwandtschaft usw. (S. 334 f) kaum der Grund der Erfolgszurechnung sein. Der Zurechnungsgrund liegt vielmehr in der besonderen Pflichtbeziehung des Garanten zu dem von ihm anvertrauten Rechtsgut (s. unten S. 372 ff) und die Herrschaft ist allenfalls Folge des Anvertrautseins.

der Tatherrschaftsbegriffe für Begehungsdelikte nicht erfüllen kann, wurde bereits bei der Untersuchung der Tatherrschaftstheorie als nicht entscheidend abgetan (1); denn - wie sich aus der Hervorhebung des "Eingreifens" ergibt - sind jene Begriffe nur auf Begehungsdelikte zugeschnitten und können schon wegen dieser Grundlage nicht auf Unterlassungsdelikte angewendet werden.
Zur Lösung jener Frage - so könnte man meinen - müsse nun nach einem Tatherrschaftsbegriff gesucht werden, der auf Unterlassungsdelikte zugeschnitten ist (2), oder besser noch nach einem Begriff, der sowohl auf Begehungs- als auch auf Unterlassungsdelikte paßt. Dieser Weg muß jedoch in die Irre führen, denn in dem Bestreben, eine Lösung durch kunstvolle Formulierungen herbeizuführen, wird das Problem notwendigerweise in ein Schema gepreßt und schließlich nur noch formal behandelt.
Die Erscheinungsformen und Konstellationen der Beteiligung mehrerer an einem Tatgeschehen sind zu vielfältig, als daß sie mit einem "fixierten" Begriff erfaßt werden könnten. Dies hat Roxin für die Begehungsdelikte überzeugend dargelegt (3). Daß bei Unterlassungsdelikten die gleiche Vielfalt besteht, zeigt ein Blick über die zu lösenden Probleme: Mehrere Unterlassende mit verschiedenen oder gleichartigen Garantenpflichten und

---

1) oben S. 163
2) wie Woerner es mit dem Begriff der potentiellen Tatherrschaft versucht, vgl. oben S. 165 ; vgl. auch Loewenheims Lösungsansatz oben S. 245
3) s. Roxin, Täterschaft, S. 119 ff, 121

reinen Handlungspflichten; das Zusammentreffen von handelnden und unterlassenden Delinquenten; die Auswirkung der Tatherrschaft des Handelnden auf das Unterlassen usw. All diese Erscheinungsformen des Unterlassens mit einem Begriff der "Unterlassungsherrschaft" erfassen zu wollen, führte, wie gesagt, einerseits zu einer enorm komplizierten und andererseits zu einer weitgehend schematisierten Behandlung dieses Problems.

Besser geeignet erscheint ein anderer Weg, auf dem die Lösung schrittweise herbeigeführt werden kann. Da es durchaus nicht selbstverständlich ist, daß ein Unterlassender das Tatgeschehen "beherrschen" kann (1), muß dies zunächst grundsätzlich und durch allgemeine Erörterungen geklärt werden. Hieraus wird gegebenenfalls schon abzuleiten sein, auf welchen Elementen eine Tatherrschaft des Unterlassenden beruhen kann, so daß im Anschluß daran die Formen der Unterlassungsherrschaft beschrieben und definiert werden können (2).
Mit diesem Vorgehen wird die Untersuchung auf eine feste Grundlage gestellt und zugleich transparent gestaltet. Dies hat die wichtige Folge, daß die Lösung jeweils vom Grundsatz her überprüft und kritisiert und - falls erforderlich - um andere Formen "tatbeherrschenden Unterlassens" erweitert werden kann. Obwohl hiermit nicht nur eine Teillösung, sondern ein in sich geschlossenes Ergebnis

---

1) vgl. Gallas JZ 1952, 372 und JZ 1960, 686; Roxin, Täterschaft, S. 463; vgl. oben S. 163 ff
2) vgl. die Ausführungen Roxins (Täterschaft, S. 122 ff) zum offenen Begriff der Tatherrschaft

erzielt wird, kann es im Gegensatz zu der "Begriffslösung" neue, hier nicht erkannte Formen der Tatherrschaft in sich aufnehmen bzw. ihre dogmatische Bewältigung aufzeigen, ohne sich dabei selbst aufzugeben.

Bevor man an die Frage herangeht, ob ein Unterlassender ein Geschehen überhaupt beherrschen kann, müssen zunächst der Begriff der Tatherrschaft, seine Bedeutung und insbesondere seine Funktion innerhalb der Beteiligungslehre geklärt werden. Dies erscheint besonders dringlich, da die Lehre von der Tatherrschaft auf Welzel (1) und seine finale Handlungslehre zurückgeht. Es ist nur natürlich, daß der Tatherrschaftsbegriff wegen dieses Ursprungs eine "finalistische" Tendenz erhalten hat, die mit dem Unterlassen nicht zu vereinbaren ist (2). Schon um sich von diesem finalen Ursprung der Tatherrschaft zu lösen, ist es geboten, sich auf die dogmatische Bedeutung dieses Begriffes zu besinnen.
Das Strafgesetzbuch bedroht denjenigen mit Strafe, der einen anderen Menschen tötet, mißhandelt usw., sowie denjenigen, der auf sonstige Weise an einer solchen Tat mitwirkt. Soweit dem Gesetz keine anderen Tätermerkmale entnommen werden können, muß sich die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme aus eben diesem Unterschied zwischen "Töten" und "sonstigem Mitwirken am Töten" ergeben.

---

1) Welzel ZStW 58, 539 f
2) Dies ist - um das gleich herauszustellen und zu relativieren - die ständige Verknüpfung des Tatherrschaftsbegriffs mit dem "zweckgerichteten, gestaltenden Eingreifen" in das Geschehen, die hierauf zurückgeht.

Für sich betrachtet, ist diese begriffliche Differenzierung klar; legt man sie jedoch an ein konkretes Tatgeschehen an, werden die Schwierigkeiten offenbar: Woraus ist zu entnehmen, welcher der Beteiligten mit seinem Verhalten "getötet" und welcher an der Tötung "mitgewirkt" hat? Eines kann aus dieser Gegenüberstellung - sowie aus den Leitlinien für Täterschaft und Teilnahme (1) - abgeleitet werden: Die Unterscheidung hängt von einer irgendwie gearteten Beziehung des Beteiligten zum Geschehen ab, beim Täter von einer besonders engen und beim Teilnehmer von einer entfernten. Soweit sich aus dem jeweiligen Tatbestand keine besondere, für die - täterschaftliche - Verwirklichung des Deliktes notwendige Beziehung entnehmen läßt, muß der Täter einen solchen bestimmenden Einfluß auf das Geschehen besitzen, daß dieses als unmittelbare Verwirklichung seines Tatwillens anzusehen ist und er somit durch das Geschehen "getötet" hat.

Diese enge Beziehung des Täters zum Tatgeschehen bezeichnet man treffend mit Tatherrschaft, da demjenigen, der den Tatverlauf bestimmt, diese unmittelbare Verwirklichung seines Tatwillens als seine Tat - sein Töten, Mißhandeln etc. - zugerechnet werden muß. Dabei ist es gleichgültig, ob er die zum Erfolg führenden Kausalanstöße selbst vorgenommen hat oder ob sie von Dritten im Hinblick auf den Erfolg ausgeführt wurden oder ob sie zufällig ausgelöst worden sind.

---

1) s. oben S. 142 ff

Mit dem Begriff der Tatherrschaft wird also der bestimmende Einfluß des Täters auf das Geschehen gekennzeichnet, durch welchen die Tat zum unmittelbaren Produkt seines Tatwillens wird. Wer dagegen ohne diese Tatherrschaft an der Tat beteiligt ist, verwirklicht mit seinem Tatbeitrag nicht seinen eigenen, sondern den Willen des Tatherrn; er ist wegen dieser "entfernteren" Beziehung zum Tatgeschehen nur als Teilnehmer verantwortlich.

Der Tatherrschaftsbegriff bezeichnet also nur die Beziehung zwischen dem Täter und dem Tatgeschehen; über den Grund, insbesondere die Mittel dieser Beziehung sagt er nichts aus. Darum kann es nicht richtig sein, jenen Begriff von vorneherein mit dem Herrschaftsmittel des Eingreifens in den Tatverlauf zu verbinden und dann festzustellen, daß ein Unterlassender diese Voraussetzung nicht erfüllen kann (1).
Schon ein Blick auf die Erscheinungsformen der Tatherrschaft bei Begehungsdelikten widerlegt die Behauptung, daß die Tatherschaft unbedingt auf dem lenkenden Eingreifen in das Geschehen beruht: Zwar nimmt die Fallgruppe, bei welcher der Delinquent aufgrund eigenen Handelns den Kausalverlauf auf den Erfolg hin lenkt (2), den weitaus größten Raum der Tatherrschaft bei Begehungsdelikten ein; doch es gibt auch dort Gruppen, in denen der Handelnde aufgrund seiner - im Vergleich zum unmittelbar Tätigen - weiterreichenden Kenntnis der Tatumstände (3) oder aufgrund eines Zwangsverhältnisses

---

1) so aber Grünwald GA 1959, vgl. oben S. 5 f wie Schünemann S. 235
2) "Handlungsherrschaft", s. Roxin, Täterschaft, S. 127
3) "Willensherrschaft kraft Irrtums", s. Roxin, Täterschaft, S. 170 ff; und vgl. oben S. 91 f, 164

gegenüber diesem (1) die Tatherrschaft besitzt; schließlich kann sie auch auf einem organisatorischen Machtapparat beruhen (2).
Daß auch bei den drei letztgenannten Fallgruppen ein "lenkendes Eingreifen" des Tatherrn im Spiel ist, ist nur darin begründet, daß es sich eben um ein Begehungsdelikt handelt; für die Tatherrschaft ist dieses Eingreifen unwichtig.
An zwei Fallvarianten läßt sich dies leicht nachweisen:

> A fordert B unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben auf, den C zu töten.

Folgt B der zwingenden Aufforderung, so besitzt A die Tatherrschaft über diese Tat (3). Fordert A den B dagegen ohne eine Gewaltandrohung zur Tat auf, so besitzt er keine Tatherrschaft über das weitere Geschehen.
Bittet A den B, einen bestimmten Knopf zu betätigen und wird dadurch eine Explosion ausgelöst, so hat A die Tatherrschaft über das Geschehen inne, wenn er die Unkenntnis des B hinsichtlich der Bedeutung dieses Knopfes ausnutzt; sind dem B dagegen die Zusammenhänge klar, so ist A nicht der Tatherr (4).

---

1) "Willensherrschaft kraft Nötigung", s. Roxin, Täterschaft, S. 142 ff
2) "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", s. Roxin, Täterschaft, S. 242 ff
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 166; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 20
4) Roxin, Täterschaft, S. 170; Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 28; dies gilt auch dann, wenn A irrtümlich von der Unkenntnis des B ausging, weil es auf das objektive Vorliegen der Tatherrschaft ankommt (Roxin, Täterschaft, S. 271; Gallas, Materialien I S. 139; a. A. Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 94 wegen seines subjektiven Ansatzes)

(2) Die Erscheinungsformen der Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten

Wenn demnach bei Begehungsdelikten die Tatherrschaft nicht nur vom erfolgsgerichteten Eingreifen des Handelnden abhängt, sondern auch von Umständen, die unabhängig von der "Macht" seines Eingreifens ihm die Herrschaft über das Geschehen verleihen, so dürfte der Untersuchung nunmehr nichts im Wege stehen, die Mittel aufzuzeigen, die auch dem Unterlassenden die Herrschaft über das Geschehen verleihen - sofern der Begriff Tatherrschaft überhaupt mit dem Wesen der Unterlassung zu vereinbaren ist.
Von der üblichen Wortbedeutung ausgehend, fällt es zunächst schwer, sich vorzustellen, daß jemand aufgrund der Nichtvornahme einer Handlung ein Geschehen beherrschen soll; denn das Bild der Tatherrschaft wird durchweg mit dem planenden und lenkenden Handelnden verbunden (1). Es ist jedoch eine Vielzahl von Fällen denkbar, bei denen der Unterlassende eine ähnlich bestimmende Stellung im Tatgeschehen einnimmt wie der tatbeherrschende Handelnde; etwa wenn der Schrankenwärter die Schranke offenläßt und dadurch den Zusammenstoß herbeiführt, oder wenn der Jäger den neugierigen Bewunderer seines Gewehrs im Glauben läßt, es sei ungeladen und alsbald ein Schuß den Bewunderer verletzt.

---

1) vgl. oben S. 164 f, 265

Wie sollte die Beziehung der Unterlassenden zum Tatgeschehen in diesen Beispielen anders gekennzeichnet werden als damit, daß sie den Tatverlauf beherrschen (1), weil durch die Nichtvornahme der gebotenen Handlung sie die Tat zielbewußt auf den Erfolg hin ablaufen lassen und damit ihren Täterwillen verwirklichen? Sie halten - aus welchem Grunde auch immer - das Geschehen in der Hand, das wegen des Unterlassens zwangsläufig zu dem gewollten Erfolg führt.

Nicht nur diese illustrierenden Bemerkungen, sondern auch die oben dargelegte Funktion der Tatherrschaft für die Beteiligungslehre lassen deutlich werden, daß ein Unterlassender ein Geschehen beherrschen kann. Durch das Verweigern der von ihm erwarteten Handlung kann dieser einen solch bestimmenden Einfluß auf das Geschehen gewinnen, daß der Tatablauf als unmittelbares Produkt seines Tatwillens und damit als seine Tat erscheint. Dies gilt in den oben angeführten Beispielen für den Schrankenwärter schon deshalb, weil er das Geschehen in seinem Verlauf kontrolliert und durch das Verweigern der pflichtgemäßen Handlung zum gewünschten Erfolg führt; für den Jäger gilt dies ebenfalls, da er allein die Gefahr erkennt und ihr begegnen kann und somit den bestimmenden Einfluß auf das Geschehen besitzt. Ein Unterlassender kann also sowohl nach dem Sprachgebrauch als auch nach der Funktion der "Tatherrschaft"

---

1) vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 261

in der Beteiligungslehre ein Tatgeschehen beherrschen.
Es müssen nun noch die Mittel aufgezeigt werden, mit welchen der Unterlassende ein Geschehen beherrschen kann.

(a) Willensherrschaft

Die erste Gruppe läßt sich im Anschluß an das Jäger-Beispiel leicht kennzeichnen: Der Unterlassende beherrscht das Geschehen über einen anderen Beteiligten, indem er diesen nicht frei über seine Verhaltensweise bestimmen, sondern durch ihn seinen eigenen Tatwillen verwirklichen läßt.
Mit dem pflichtwidrigen Unterlassen hält der Garant z. B. den Irrtum des unmittelbar Handelnden aufrecht und läßt dadurch das weitere Geschehen nach seinem Willen ablaufen. Der "Einsatz" des Unterlassens dient also dem Zweck, den Irrtum des Werkzeugs für den Tatplan des Unterlassenden zu benutzen und dadurch dessen Herrschaft über den Verlauf des Geschehens zu begründen. Eine solche Willensherrschaft kraft Irrtums (1) übt in dem obigen Beispiel der Jäger über den Bewunderer des Gewehres aus.
Wie bei der weiteren Untersuchung noch darzustellen sein wird, kann der Unterlassende auch die

---

1) vgl. zu den Begehungsdelikten Roxin, Täterschaft, S. 170 ff

Willensherrschaft kraft Nötigung und kraft organisatorischer Machtapparate besitzen (1). Insoweit entsprechen also die Tatherrschaftsmittel des Unterlassenden völlig denen des Handelnden.

Dies hat seinen Grund darin, daß die Willensherrschaft nicht auf einer Beziehung zum Tatgeschehen, sondern zu einem Tatbeteiligten beruht. Der Unterlassende beherrscht nämlich - wie der Handelnde - kraft der wissensmäßigen Überlegenheit, dem Zwang oder dem organisatorischen Machtapparat die Willensbetätigung des Werkzeuges und erhält dadurch - mittelbar - den bestimmenden Einfluß auf den Tatverlauf. Diese Herrschaftsmittel sind von der Verhaltensweise des Herrschaftsträgers unabhängig. Erst durch das Verhalten, das die Herrschaftsbeziehung realisiert, wird das Tatgeschehen den Begehungs- bzw. den Unterlassungsdelikten zugeordnet.

> A und B stehen in einem Steinbruch vor einem Sprengkasten. B ist der irrigen Meinung, daß die an den Sprengkasten angeschlossene Sprengladung noch nicht scharfgemacht ist; A weiß, daß das Gegenteil zutrifft.
>
> 1. Alternative: A hat als Sprengmeister die Ladung gerade fertiggestellt und ist deshalb verpflichtet, alle daraus entstehenden Gefahren abzuwenden. Dennoch greift er nicht ein, als B "aus Spaß" den Sprenghebel drückt.

---

1) vgl. zu den Begehungsdelikten Roxin, Täterschaft, S. 142 ff, 242 ff; die weiteren Formen der Willensherrschaft der Unterlassenden werden unten S. 333 ff dargelegt.

2. Alternative: A fordert den B auf, den Sprenghebel "zur Probe" einmal herunterzudrücken.
Durch die ausgelöste Sprengung wird, wie A es vorhergesehen hat, der an der Sprengladung arbeitende C getötet.

Die Herrschaft des A beruht auf dem tatentscheidenden Irrtum des B, den A durch das strafbare Verhalten für seinen Tatplan ausnutzt; dies ist in beiden Alternativen völlig gleich.
Die Herrschaftsbeziehung wird erst durch das Verhalten, mit dem sie zur Verwirklichung des Tatplanes genutzt wird, für eine der beiden Deliktsarten festgelegt. Sie kann also sowohl für das Lassen wie für das positive Tun bedeutsam werden und zwar - wie sich zeigen wird - mit den gleichen Auswirkungen.

b) Unterlassungsherrschaft

Bei der zweiten Gruppe wird man Parallelen weder zu den Merkmalen der Tatherrschaft des Handelnden noch zu den Auswirkungen ziehen können. Hier geht es nämlich nicht um die bei beiden Verhaltensweisen mögliche Überlegenheit des einen Tatbeteiligten über die übrigen, sondern um die direkte Beziehung des Verantwortlichen zum Tatgeschehen.
Diese Form der Tatherrschaft läßt sich beim Handelnden ohne Schwierigkeiten aufgrund seines zielgerichteten Eingreifens und den damit verbundenen Herrschaftselementen kennzeichnen (1). Der Unterlassende

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 127 ff (Handlungsherrschaft); Schünemann S. 236 (Herrschaft des personalen Zentrums)

tritt dagegen nicht in eine solch unmittelbare Beziehung zum Tatgeschehen, so daß hier schon die Begründung einer Herrschaftsbeziehung problematisch ist.
Das in Bezug auf die Handlungspflicht untätige Verhalten des Unterlassenden ist für sich gesehen nicht geeignet, eine besondere, bestimmende Beziehung zwischen ihm und dem Tatgeschehen zu begründen, denn mit diesem "Nichttun" wird weder ein bereits bestehender Einfluß verstärkt noch die Einflußnahme neu begründet; unter diesem Gesichtspunkt ist das Unterlassen tatsächlich ein "nullum".
Auch die Erfolgsabwendungsmöglichkeit, die notwendiger Bestandteil des strafbaren Unterlassens ist, kann schwerlich die Herrschaft des Unterlassenden über das Geschehen begründen, denn die Tatsache, "daß" er den Erfolg noch hätte abwenden können, ist Voraussetzung für seine Verantwortlichkeit und kann somit nicht ohne weiteres Abgrenzungsmerkmal für die beiden Beteiligungsformen sein (1); und die Frage, "wie" der Unterlassende den Erfolg hätte verhindern können, führt - wie bereits dargelegt wurde (2) - zur Feststellung der Herrschaft über das gesollte rechtmäßige Verhalten, der sog. potentiellen Tatherrschaft. Hier kann jedoch ebenso wie bei den Begehungsdelikten nur eine tatsächlich bestehende, aktuelle

---

1) s. oben S. 168 f
2) s. oben S. 167, 247

Herrschaftsbeziehung zum Tatgeschehen dem Unterlassenden die Stellung des Täters verleihen.
Schließlich kann auch eine Herrschaft der Unterlassenden über den Grund der Taterfolge (1) nicht weiterhelfen, weil hierdurch keine aktuelle Beziehung des Unterlassenden zum Tatverlauf, sondern nur eine statische Beziehung zu einer Erfolgsursache gekennzeichnet wird (2).

Grundlage der Herrschaftsbeziehung ist vielmehr der Umstand, daß die Integrität des gefährdeten Rechtsgutes während der Dauer der Erfolgsabwendungsmöglichkeit vom Verhalten des Handlungspflichtigen abhängt. Es handelt sich hierbei zunächst nicht um eine Auswirkung des Unterlassens selbst, sondern um eine in der Handlungspflicht und der Eingriffsmöglichkeit begründete Erscheinung, weil ja das Unterlassen - als ein "Nullum" - keine Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Tatverlauf herstellen kann.
Dieses Abhängigkeitsverhältnis besteht darin, daß während des tempus utile (3) die Entscheidung beim Handlungspflichtigen liegt, ob das gefährliche Geschehen zum rechtswidrigen Erfolg führt oder ob er - aufgrund des rechtsgutschützenden Eingreifens - verhindert wird.

---

1) Schünemann S. 237
2) s. oben S. 262
3) zu dem Begriff vgl. oben S. 61

Diese "Entscheidungsmacht" kann nur derjenige Unterlassende innehaben, der den sozialwidrigen Erfolg durch das pflichtgemäße Verhalten hätte abwenden können. Die Erfolgsabwendungsmöglichkeit fällt also faktisch mit dieser Form der Herrschaft über ein Geschehen zusammen, weil man ja nur dann, wenn der von der Rechtsordnung erwünschte Geschehensablauf im Einflußbereich des Verantwortlichen liegt, davon sprechen kann, daß der Unterlassende das Tatgeschehen "gemäß seinem Tatwillen ablaufen" läßt. Kann er dagegen dem Kausalverlauf keinen schadensfreien Verlauf geben, so liegt die Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht in seiner Entscheidungsmacht, weil die Tat unabhängig und unbeeinflußbar von seinem Verhalten ihren Lauf nimmt.
Die Kongruenz dieser Herrschaftsform mit der Erfolgsabwendungsmöglichkeit bezieht sich aber nur auf die tatsächliche Reichweite dieser Merkmale, auf die von ihnen erfaßten Fälle der Unterlassung. Inhaltlich unterscheiden sie sich dagegen grundlegend voneinander: Das Merkmal der Erfolgsabwendungsmöglichkeit betrifft allein die Beziehung des Unterlassenden zum pflichtgemäßen, aber nicht wirklich ablaufenden Geschehen und sagt somit über die tatsächliche Herrschaft des Unterlassenden nichts aus (1). Die Entscheidungsmacht kennzeichnet dagegen eine reale Herrschaftsbeziehung zwischen dem Unterlassenden und dem von ihm zu verantwortenden Tatverlauf, indem sie das

---

1) s. oben S. 167

Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Handlungspflichtigen und dem Geschehen herausstellt und damit kennzeichnet, daß die Tat während des tempus utile gemäß dem Willen des Unterlassenden abläuft.
Dies ist selbstverständlich eine im Vergleich zur Tatherrschaft des Handelnden recht schwache Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Geschehen - ein Umstand, der in seiner Auswirkung sehr bedeutsam sein wird -, doch wird man nicht leugnen können, daß der Unterlassende während einer gewissen Zeit eine - seiner Verhaltensweise entsprechend passive - beherrschende Stellung gegenüber dem Tatverlauf innehat und darauf eine Form der Herrschaft über das Geschehen gegründet werden kann.

Man wird hiergegen einwenden, daß eine solche Beziehung bei allen zufällig in Reichweite zum Tatverlauf befindlichen Personen vorzufinden sei und deshalb keine spezifische Herrschaftsposition des verantwortlichen Unterlassenden gegenüber dem Tatgeschehen vorliegen könne: Springt z. B. ein Hund, der die Wurst in der am Fahrrad hängenden Einkaufstasche wahrgenommen hat, immer wieder daran hoch, bis er schließlich das Rad umgestoßen hat und die Wurst verschlingen kann, dann müßte man dem handlungspflichtigen Hundebesitzer und dem zufällig vorbeikommenden Passanten die gleiche Entscheidungsgewalt zusprechen, wenn beide den Erfolg noch hätten abwenden können.

Das ist nach dem bisher Gesagten durchaus zutreffend und vermag doch nicht die Untauglichkeit dieses Anknüpfungspunktes darzutun. Denn die Tatsache, daß Tatherrschaftsmerkmale auch bei Personen vorliegen können, die sich nicht in strafrechtlichem Sinne verantwortlich gemacht haben und möglicherweise sogar "rechtmäßig" an der Erfolgsherbeiführung beteiligt waren, sagt nichts über ihre Bedeutung für die Beteiligungslehre aus. Da vom Strafrecht menschliche Verhaltensweisen erfaßt werden, die lediglich durch die sozialschädlichen Auswirkungen qualifiziert sind (1), müssen die strafrechtlich relevanten Verhaltensmerkmale sogar zwangsläufig in dem allgemeinen, wertfreien Verhalten wiederzufinden sein; und die Herrschaftsposition des garantenpflichtwidrigen Unterlassenden muß also auch bei demjenigen wiederkehren, der eine strafrechtlich nicht sanktionierte Handlungspflicht unbeachtet läßt.

Dies wird durch einen Blick auf die Tatherrschaftsmerkmale der Begehungsdelikte bestätigt, die ebenfalls von rechtmäßig Handelnden erfüllt werden können, z. B. im Fall der eigenhändiger, durch Notwehr gebotenen Tatbestandsverwirklichung.

Außerdem - und dies schwächt die Bedenken gegen diesen Anknüpfungspunkt weiter ab - wird das Merkmal der Tatherrschaft ohnehin nur bei solchen Unterlassenden über die Beteiligungsart entscheiden, die als Garanten über den gefährlichen Kausalverlauf zu wachen haben und aus diesem Grunde zur Erfolgsabwendung verpflichtet sind. Dies wird sich zwar

---

1) s. oben S. 25 ff

erst im folgenden zeigen, soll jedoch schon hier vorweggenommen werden. Denn die Garanten sind nicht nur aufgrund einer konkreten gefährlichen Situation zum Eingreifen verpflichtet (1), sondern sie sind unabhängig davon als Schutzinstanz eingesetzt, auf deren Tätigkeit die Rechtsverordnung vertraut. Nimmt nun ein Geschehen einen gefährlichen Verlauf, wird vom Garanten das Eingreifen erwartet, weil er für die Überwachung dieses Verlaufes "zuständig" ist, und deshalb werden häufig keine anderen Sicherungen zur Verfügung gestellt (2).
So hat man sich z. B. bei einer Eisenbahnschranke darauf eingestellt, daß der Wärter beim Herannahen eines Zuges den Zutritt zum Gleiskörper sperrt, ebenso wie man aufgrund des Bestehens örtlicher Feuerwehren grundsätzlich davon absieht, selbst Löschgeräte bereitzuhalten.
Bei den Garanten (3) wird also die Abhängigkeit in der konkreten Gefahrensituation noch dadurch verstärkt, daß sie prinzipiell zur Abwehr der drohenden Gefahr verpflichtet sind und sie aufgrund des Vertrauens der Gemeinschaft eine besondere Machtstellung über das Geschehen besitzen.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß der Unterlassende aufgrund seiner Beziehung

---

1) wie die aus den §§ 138, 330 c Verpflichteten
2) zum Vertrauensprinzip bei Garantenstellungen vgl. Blei, H.-Mayer-Festschrift, S. 137
3) Auch bei der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun läßt sich eine solche Schutzinstanz begründen, denn die Rechtsordnung baut - mit der Begründung dieser Garantenpflicht - darauf, daß jeder die von ihm selbst geschaffenen Gefahren für fremde Rechtsgüter abwendet.

zum Tatgeschehen als Tatherr zu behandeln ist, wenn der Schutz des Rechtsgutes während eines bestimmten Zeitraumes aktuell - aufgrund seiner Entscheidungsmacht - von seinem Verhalten abhängt, das er gemäß seiner Garantenpflicht - institutionell - auf die Abwehr der konkreten Gefahr richten muß. Diese Herrschaft beruht allein auf dem pflichtwidrigen Unterlassen und soll deshalb im folgenden "Unterlassungsherrschaft" genannt werden.

Da jeder Garant nur dann für die Rechtsgutsverletzung verantwortlich ist, wenn er die genannten Merkmale erfüllt, muß er auch stets Inhaber der Unterlassungsherrschaft sein.
Diese Folgerung ist schon wegen der Gleichartigkeit der Verhaltensweisen von Unterlassenden zwingend; denn diese sind bei vorhandener Erfolgsabwendungsmöglichkeit gegenüber dem Tatverlauf im Hinblick auf das pflichtgemäße Verhalten stets untätig, so daß die - tatsächliche - Beziehung zwischen dem Unterlassenden und dem Geschehen immer gleich ist.
Wenn also jeder strafbare Garant notwendigerweise die Unterlassungsherrschaft besitzt, dann kann, so wird man einwenden, dieses Merkmal doch gar nicht zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme dienen (1); und die Formen der Willensherrschaft (2) erscheinen völlig überflüssig, weil die Unterlassenden ja ohnehin aufgrund der Unterlassungsherrschaft Tatherren und somit Täter sind.

---

1) so. oben die auf S. 168 in der Anm. 2 Genannten
2) vgl. oben S. 271 ff

Diesen Einwänden ist zunächst einmal zu entgegnen, daß die Unterlassungsherrschaft, wie bereits dargelegt, nur bei einem Teil der Unterlassungsdelikte die Täterverantwortlichkeit kennzeichnet und folglich auch nicht alle strafbaren Unterlassenden zwangsläufig zu Tätern werden läßt (1).

Entscheidend aber ist ein Umstand, auf den bereits kurz hingewiesen wurde: Die Unterlassungsherrschaft verleiht dem Unterlassenden nicht in jedem Fall die Position eines Täters, weil er durch sie nicht immer zur Zentralfigur des handlungsmäßigen Geschehens wird. Durch die Entscheidungsgewalt erhält der Unterlassende nämlich nur die latente Tatherrschaft, d. h., daß seine auf die Entscheidungsmacht gegründete, beherrschende Stellung im Tatgeschehen durch das Auftreten eines anderen Verantwortlichen mit einer intensiveren Beziehung zum Tatverlauf durchbrochen werden kann.

Dieser Fall liegt vor, wenn neben dem Unterlassenden ein Handelnder an derselben Straftat mitwirkt, indem er den Tatverlauf zielbewußt durch sein Eingreifen auf den Erfolg hinlenkt. Hier zeigt sich, daß die Entscheidungsgewalt, die den Unterlassenden allein oder neben anderen Unterlassenden zum Tatherrn werden läßt, eben nur einer abwartenden, passiven Verhaltensweise entspringt und jederzeit durch das steuernde Eingreifen eines Handelnden in den Tatverlauf überspielt werden kann.

---

1) vgl. oben S. 259 f

Greift ein Garant entgegen seiner Handlungspflicht nicht in einen ungesteuerten Kausalverlauf ein und führt damit den Taterfolg herbei, so wird mit dem weiteren Ablauf des Geschehens unmittelbar sein Tatwille verwirklicht. Handelt es sich dagegen um einen auf den Taterfolg hin gesteuerten Kausalverlauf, in den der Garant nicht eingreift, so erscheint die Tat nicht als unmittelbares Resultat seines Willens, sondern als Verwirklichung des Tatwillens des Handelnden, der den Kausalverlauf steuert oder durch zielgerichtete Eingriffe gesteuert hat (1). Hieraus folgt, daß die Wirkung der Unterlassungsherrschaft durchaus nicht der Handlungsherrschaft entspricht, sie vielmehr hinsichtlich der täterschaftsbegründenden Funktion von dieser verdrängt wird.

Die Unterlassungsherrschaft kann also doch der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dienen, indem sie nämlich der Handlungsherrschaft gegenübergestellt wird: Beherrscht allein der Garant durch seine Entscheidungsgewalt das ablaufende Geschehen, so besitzt er auch die Tatherrschaft und ist somit die Zentralfigur des Tatgeschehens; unterliegt dasselbe Geschehen aber außerdem der Handlungsherrschaft eines Begehungstäters, so verliert der Unterlassende trotz seiner Unterlassungsherrschaft die Tatherrschaft und wird zu einer Randfigur des Tatgeschehens.

---

1) s. oben S. 204 f

Hiermit läßt sich auch der letzte Einwand gegen die Unterlassungsherrschaft entkräften: Da nicht jeder Unterlassende aufgrund seiner Entscheidungsmacht zum Tatherrn wird, bleibt der Willensherrschaft als täterbegründendem Merkmal noch ein erheblicher Wirkungskreis. Durch sie kann nämlich ein Unterlassender auch neben einem zielbewußt Handelnden die Tatherrschaft über das Geschehen gewinnen und zum Täter werden.

(c) Funktionelle Tatherrschaft

Von den Begehungsdelikten her ist eine dritte Art der Tatherrschaft bekannt: Das Tatgeschehen liegt derart in der Hand mehrerer Beteiligter, daß die Straftat nur durch deren Zusammenwirken begangen werden kann und mithin jeder durch seinen Tatbeitrag die Straftat als ganze beherrscht. Diese Mit-Herrschaft mehrerer an einem Tatgeschehen wird von Roxin als funktionelle Tatherrschaft gekennzeichnet (1), weil die Herrschaft des einzelnen Beteiligten sich aus seiner Funktion bei der Strafverwirklichung ergibt.
Die funktionelle Tatherrschaft begründet im Bereich der Herrschaftsdelikte die Mittäterschaft; denn jeder, der im Zusammenwirken mit anderen Beteiligten das Gesamtgeschehen durch seinen tatentscheidenden Beitrag beherrscht, ist gemäß § 47 als Täter für die Gesamttat verantwortlich (2).

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 280
2) Roxin, Täterschaft, S. 277; vgl. auch Welzel ZStW 58, 549 ff

Diese Herrschaftsform scheint zunächst auch ein Unterlassender innehaben zu können, wenn man von der üblichen Definition der funktionellen Tatherrschaft ausgeht: Sie soll in der Hand desjenigen Beteiligten liegen, mit dessen funktionsgerechtem Verhalten "das ganze Tatunternehmen steht und fällt", weil sein Tatbeitrag eine unerläßliche Voraussetzung für die Verwirklichung der angestrebten Straftat bildet (1).

> B will den Nichtschwimmer C ertränken, indem er ihn in das Schwimmbecken des Freibades stößt, das vom Schwimmeister A überwacht wird. B hat sich zuvor mit A darüber verständigt, daß A den C nicht rettet, und so ertrinkt C vor den Augen von A und B.

Bei der Prüfung, ob A durch die vereinbarte Unterlassung die Tat funktionell beherrschte, müssen alle übrigen Tatbeiträge außer Betracht bleiben: B hat die Straftat eigenhändig verwirklicht und besaß deshalb schon die Handlungsherrschaft (2); das möglicherweise durch positives Tun herbeigeführte Einverständnis zwischen A und B über ihr rechtsgutschädigendes Verhalten kann für A keine Form der Tatherrschaft begründet haben, zumal sich dies im Vorbereitungsstadium der Tat abspielte und zu diesem Zeitpunkt noch keine funktionelle Tatherrschaft möglich ist (3).

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 280
2) Roxin, Täterschaft, S. 126 und Bockelmann, Untersuchungen, S. 119: B ist deshalb als Täter zu bestrafen
3) Roxin, Täterschaft, S. 294; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 228; aus diesem Verhalten kann nur eine Bestrafung wegen psychischer Beihilfe erwachsen.

Wie jeder strafrechtlich verantwortliche Unterlassende besaß A die Entscheidungsgewalt und damit die Unterlassungsherrschaft über das Geschehen. Diese wird jedoch als schwache Herrschaftsform von der Handlungsherrschaft des B zurückgedrängt (1), so daß eine durch das einverständliche Verhalten von A und B erzeugte funktionelle Tatherrschaft für A bedeutsam werden könnte.

Der konkrete Plan zur Tötung des C konnte ohne den Tatbeitrag des A - das garantenpflichtwidrige Unterlassen der Rettung - nicht zur Vollendung gelangen; mit dem funktionsgerechten Verhalten stand oder fiel also das ganze Unternehmen, und A müßte demnach gemäß der obigen Definition die "funktionelle Tatherrschaft" über die gesamte Straftat besessen haben.
Bei näherem Hinsehen erkennt man jedoch, daß das Merkmal des "unerläßlichen Tatbeitrages", das hier die funktionelle Tatherrschaft des unterlassenden A zu begründen scheint, gleichbedeutend mit der Hinderungsmöglichkeit ist, die jeder Unterlassende im Hinblick auf die von ihm zu verantwortende Straftat eines Dritten besitzt: Der durch die Straftat herbeigeführte rechtswidrige Erfolg darf dem Unterlassenden nur dann zur Last gelegt werden, wenn er ihn mit dem pflichtgemäßen Verhalten hätte abwenden können (2). Demzufolge müßte jeder Garant, der sich an der Straftat eines Handelnden beteiligt,

---

1) s. oben S. 281 ff
2) vgl. oben S. 41 f ; anders nur die Lehre von der Unterlassungsbeihilfe ohne Erfolgsabwendungsmöglichkeit, die jedoch abzulehnen ist, s. oben S. 11o ff.

stets die funktionelle Tatherrschaft besitzen, sofern er seinen erfolgsnotwendigen Tatbeitrag im Einverständnis mit den übrigen Beteiligten und damit "gemeinschaftlich im Sinne des § 47 erbringt (1). Die Mittäterschaft des unterlassenden Garanten hinge also immer nur von der Herstellung des gemeinsamen Tatentschlusses zwischen ihm und den übrigen Beteiligten ab.

Daß dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführung, zumal durch einen gemeinsamen Tatentschluß wohl kaum eine Herrschaft über einen Geschehensablauf erlangt werden kann (2).

Auch wegen der Struktur der funktionellen Tatherrschaft kann das Unterlassen des A kaum hierzu gerechnet werden: Bei dieser Art der Tatherrschaft geht es - wie der Begriff schon sagt - um eine konstruktive, im notwendigen Zusammenwirken der Beteiligten begründete Abhängigkeit des Taterfolges von dem einzelnen Tatbeitrag: Ein Beteiligter allein kann nichts ausrichten - nur wenn er sich mit dem oder den anderen verbindet und alle ihre Kräfte vereinen, können sie die geplante Tat verwirklichen (3).

Hiervon kann in dem Ausgangsbeispiel keine Rede sein, denn B hätte die Tat auch ohne A, sogar ohne jegliche Mitwirkung eines Dritten vollenden können. Die Hinderungsmöglichkeit des A ist

---

1) Schönke-Schröder, § 47 RN 3 mwN.
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 285
3) Roxin, Täterschaft, S. 278

kein "funktionelles", für die Tatbegehung unerläßliches Element und vermag weder eine Herrschaft über den Tatbeitrag des B noch über die gesamte Straftat zu begründen (1).
Dies läßt sich verallgemeinern und auf alle Unterlassenden übertragen: Sie können durch die Nichtvornahme der gebotenen Handlung niemals die funktionelle Tatherrschaft über ein Geschehen erlangen; denn der Beitrag eines Unterlassenden ist keineswegs zur Tatvollendung "unerläßlich", sondern ein tatsächliches nullum, welches ihm lediglich die nicht herrschaftsbegründende Hinderungsmöglichkeit einräumt.

Dies sei mit dem folgenden Bild verdeutlicht: Wenn B einen Apfel pflücken will und, um ihn erreichen zu können, auf die Schulter des A steigen muß, so besitzt A die funktionelle Tatherrschaft - diese Situation ist nur bei einem aktiven Tun des B denkbar, weil sie nach einem positiven, die Erfolgsherbeiführung überhaupt erst ermöglichenden Tatbeitrag verlangt.

Kann B dagegen mit dem Pflückgerät den Apfel vom Baum nehmen, A ihn jedoch daran hindern, so erhält A aufgrund seiner Möglichkeit keine funktionelle Herrschaftsmacht über das Geschehen. Nur diese Konstellation ist bei der Beteiligung eines Unterlassenden denkbar, weil er niemals einen positiven Tatbeitrag erbringen kann, sondern nur denjenigen Beitrag, daß er die Straftatverwirklichung des anderen Beteiligten nicht vereitelt.

---

1 vgl. oben S. 274

Mit dieser Feststellung, daß nämlich ein Unterlassender niemals die funktionelle Tatherrschaft über ein Tatgeschehen innehaben kann, ist zugleich eine wichtige Entscheidung über die Erscheinungsform der Mittäterschaft bei Unterlassenden gefallen: Die wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge und die damit verbundene Aufwertungsmöglichkeit (1) eines Beteiligten, der aufgrund seines eigenen Verhaltens bloß die Teilnehmerstrafe verdient, läßt sich allein mit der funktionellen Tatherrschaft rechtfertigen, weil durch sie nicht nur die Mit-Herrschaft über das Gesamtgeschehen begründet, sondern durch den "unerläßlichen" eigenen Tatbeitrag auch über den Erfolg der fremden Tatbeiträge entschieden wird; andere, entsprechende Zurechnungsgründe lassen sich nicht finden, so daß es eine solche Mittäterschaft bei Unterlassenden nicht geben kann (2).
Weder aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses (3) noch einer gemeinsamen Handlungspflicht (4) kann fremdes Unrecht, das der Unterlassende nicht selbst verwirklicht hat, diesem täterschaftsbegründend zugerechnet werden; mit seiner Verhaltensweise kann er den Tatverlauf nicht funktionell beherrschen: Also kann die Mittäterschaft des Unterlassenden lediglich eine terminologische Bedeutung

---

1) vgl. hierzu oben S. 80 f
2) dazu näher unten S. 330
3) Roxin, Täterschaft, S. 285
4) Bei Pflichtdelikten ist die periphere Beihilfehandlung regelmäßig als täterschaftsbegründendes Verhalten im Straftatbestand enthalten, so daß die gemeinsame Handlungspflicht als Mittäter-Merkmal keine Zurechnungsfunktion wahrnimmt, vgl. Roxin, Täterschaft, S. 358 f und unten S. 381.

und keine täterschaftsbegründende Wirkung besitzen; d. h. nur wer bereits aufgrund seines eigenen Verhaltens die Täterstrafe verdient, kann beim Hinzutreten zusätzlicher Merkmale als Mittäter bezeichnet werden; dagegen kann mit diesen Merkmalen nicht ein sonst nur teilnehmender Unterlassender zum Täter aufgewertet werden. Im folgenden wird dies noch näher zu erörtern sein (1).

(3) Die Reichweite des Herrschaftsprinzips bei Unterlassungsdelikten

Welche Auswirkungen die Unterlassungs- und Willensherrschaft im einzelnen auf die Beteiligung eines Unterlassenden an einer Straftat haben werden, wird bei der Untersuchung der Beteiligungsformen darzustellen sein. Hier geht es zunächst nur darum, die Vereinbarkeit des Herrschaftsprinzips mit dem Unterlassen aufzuzeigen. Gemäß dem vorgezeigten Lösungsweg bleibt nun nur noch die Frage offen, ob das Herrschaftsprinzip überhaupt vom Tatbestand der Unterlassungsdelikte getragen werden kann.

Die Zweifel in dieser Richtung erscheinen besonders berechtigt, weil der Unterlassende gar nicht

---

1) vgl. hierzu unten S. 330 ff

auf das Geschehen einwirkt, sondern im Hinblick auf den Tatverlauf gerade untätig bleibt, und weil die Garantenpflicht im Tatbestand eine zentrale Bedeutung einnimmt und damit die Täterbestimmung nach dem Pflichtprinzip naheliegt.

Daß die Tatherrschaft nicht notwendig mit positivem Tun verknüpft sein muß, wurde schon oben (1) darzulegen versucht: Die Macht über andere Personen und auch schon die Entscheidungsgewalt über ein ungesteuertes Geschehen verleihen selbst einem Untätigen die Stellung des Tatherrn, weil er das Geschehen nach seinem Willen ablaufen läßt.

Zu der weiteren Frage, ob das Pflichtprinzip aufgrund der Handlungspflicht des Garanten nicht ein solches Gewicht im Unterlassungstatbestand hat, daß das Tätermerkmal ihm und nicht der Tatherrschaft entnommen werden muß, brauchte bisher noch nicht endgültig Stellung genommen werden. Da hier aber auch die Gruppe der Unterlassungsdelikte zu bestimmen ist, die dem Herrschaftsprinzip unterliegt, ist nun die Auseinandersetzung mit dieser Frage erforderlich.

Daß die Handlungspflicht des entscheidende Merkmal im Unterlassungstatbestand ist, steht außer Zweifel, denn durch sie wird ein äußerlich unbedeutendes Verhalten erst strafrechtlich

---

1) S. 164 f und 267 f

relevant. Wie nämlich schon mehrfach betont wurde, wird ein Unterlassender nicht bestraft, weil er untätig war, nämlich "nichts" getan hat, sondern weil er "etwas" nicht getan hat, was er aufgrund der ihn treffenden Handlungspflicht hätte tun müssen (1). Demgemäß wird zunächst einmal mit dieser Pflicht die Verhaltensweise begründet, die der strafrechtlichen Beurteilung unterliegt.

Die Garantenpflicht nimmt bei den Unterlassungsdelikten insoweit keine andere Funktion wahr, als bei den Begehungsdelikten die menschliche Körperbewegung. Trotz der Handlungspflicht kann man daher noch nicht von einem Pflichtprinzip sprechen, das auch für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme maßgebend wäre. Die Handlungspflicht begründet nämlich nur die allgemeine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unterlassenden, ohne zugleich seine Stellung im tatbestandlichen Geschehen zu bestimmen.

Dies kann neben den bisher genannten Beispielsfällen, in denen der Unterlassende durchaus nicht immer aufgrund der ihn treffenden Handlungspflicht als Zentralfigur der Straftat angesehen werden konnte, vor allem mit einem Seitenblick auf die Begehungsdelikte erläutert werden: Auch dort setzt sich der Tätertatbestand nicht nur aus der Handlung und dem Maß der daraus resultierenden Herrschaft über das Geschehen zusammen, sondern er kann je nach der Eigenart des tatbestandlichen

---

1) vgl. dazu die eingehendere Darstellung unten auf S. 425

Unrechts verschiedene Gestalt annehmen. Durch das Hinzutreten einer besonderen Schutz- oder Erhaltungspflicht wird der Täterbegriff des Tatherrn durch den des Pflichtigen ersetzt; verlangt der Tatbestand die eigenhändige Erfüllung des normierten Verhaltens, so reicht, unabhängig von der Tatherrschaft, nur die Verwirklichung dieses normierten Verhaltens zur täterschaftlichen Verantwortlichkeit.
Genauso ist auch bei den Unterlassungsdelikten der Tätertatbestand aufgebaut. Zunächst muß der Betreffende überhaupt für die Straftat verantwortlich sein: Hierzu müssen die erforderlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, zu denen auch die Handlungspflicht gehört. Trifft den Unterlassenden darüberhinaus eine besondere Schutz- oder Erhaltungspflicht, so kommt seine Bestrafung als Pflichttäter in Betracht; hat er einen Tatbestand erfüllt, der ein bloßes Verhalten zum Inhalt seiner Strafdrohung macht, so richtet sich seine Verantwortlichkeit nach diesem Verhaltenstäterbegriff.
Die Parallelität der Tätertatbestände mag überraschen, doch ist sie nur natürlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Gesetzgeber bei der strafrechtlichen Sanktionierung beider Verhaltensweisen denselben Zweck verfolgt: den Schutz der Gesellschaft vor rechtsgutschädlichem bzw. an sich unerträglichem Verhalten.

Schafft also die Handlungs- bzw. Garantenpflicht für sich allein noch keinen Pflichttäter-Tatbestand, weil sie zunächst nur die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Pflichtträgers begründet, so ist weiter zu fragen, auf welchen Elementen die Täterbegriffe der Unterlassungsdelikte aufbauen bzw. woraus sie im Einzelfall abzuleiten sind.

Wie bei den Begehungsdelikten ergibt sich das jeweilige Täterprinzip aus dem betreffenden Tatbestand, und zwar aus dem gesetzlich festgelegten Tätermerkmal im Straftatbestand und - als Besonderheit bei den Unterlassungsdelikten - aus der Garantenpflicht.

Ist in dem Straftatbestand ein bestimmtes Verhalten festgelegt, das zur Erfüllung des gesamten tatbestandlichen Unrechts von den Delinquenten persönlich vorgenommen sein muß (1), so ist für das Tatherrschaftsprinzip kein Raum. Denn bei solchen Straftatbeständen löst allein das eigenhändige Verhalten die Täterbestrafung aus; die Beherrschung des Verhaltens einer dritten Person reicht hierfür niemals aus, sondern begründet allenfalls eine Teilnehmerverantwortlichkeit. Für die Unterlassungsdelikte gilt hier nichts anderes, so daß die Form der Willens- und Unterlassungsherrschaft bei dieser Deliktsgruppe keine täterschaftsbegründende Wirkung entfalten kann (2).

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 410 ff ("eigenhändige Delikte")
2) Dazu, daß einzelne Elemente des Verhaltensunrechts auch in Rechtsgutsdelikten enthalten sein können, vgl. unten S. 357 ff

Wo der Straftatbestand eine Pflichtbeziehung enthält, deren Verletzung erst die volle täterschaftliche Verantwortlichkeit begründet, kann das Tatherrschaftsprinzip ebenfalls nicht wirksam werden, denn es vermag die Innehabung der Pflichtenstellung nicht zu ersetzen (1). Da der Unterlassende den Straftatbeständen in gleicher Weise unterworfen ist wie der Handelnde (2), kann auch er nur dann Täter sein, wenn er Träger der jeweils normierten Pflicht ist. Etwaige Herrschaftsbeziehungen vermögen auch hier das gesetzlich festgelegte Täterprinzip nicht zu verdrängen.

Alle übrigen Delikte stehen grundsätzlich dem Tatherrschaftsprinzip offen, d. h. daß derjenige, der das von den Straftatbeständen erfaßte Geschehen mit einer solchen Intensität beherrscht, daß es als die Verwirklichung seines Tatwillens erscheint, als Täter bestraft wird, sofern er auch die sonstigen tatbestandlichen Unrechtsmerkmale erfüllt (3). Aufgrund der Besonderheit des Unterlassungstatbestandes erfährt das Tatherrschaftsprinzip bei Unterlassungsdelikten jedoch noch eine Ausnahme.
Bei einer Anzahl von Garantenpflichten steht der Unterlassende zu dem im Straftatbestand enthaltenen Rechtsgut in einer Pflichtposition, bei deren Verletzung ihm stets die volle täterschaftliche Verantwortlichkeit auferlegt wird.

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 353 ff ("Pflichtdelikte")
2) dazu oben S. 28 f
3) s. oben S. 44 f

Dies ist - wie später noch darzulegen sein wird (1) - dann gegeben, wenn dem Unterlassenden das Rechtsgut in der Weise anvertraut worden ist, daß er es vor allen Gefahren schützen und somit gegenüber der Rechtsordnung unmittelbar für die Unversehrtheit des Rechtsgutes einstehen muß. Bei der Verletzung einer solchen Schutzpflicht steht der Garant im Zentrum der rechtsgutbeeinträchtigenden Straftat, ohne daß es auf seine Herrschaftsbeziehung zum Tatverlauf ankommt, und es wird somit durch den Unterlassungstatbestand ein Pflichtdelikt im Sinne der Beteiligungslehre geschaffen.
Nur wenn der Unterlassende aufgrund seiner Garantenpflicht für den rechtsgutbeeinträchtigenden Kausalverlauf verantwortlich ist, ihm also das Tatgeschehen unmittelbar zugerechnet wird, entscheidet seine Herrschaftsbeziehung zu dem Geschehen über seine Beteiligungsform. Dies ist bei allen Garantenpflichten gegeben, die den Adressaten zur Überwachung und Eindämmung von Gefahrenquellen verpflichten und bei einer Verletzung dieser Pflicht die Zurechnung des gefährlichen Kausalverlaufes begründen.

Hierzu zählen insbesondere die sogenannten mittelbaren Garantenpflichten (2): die gesetzliche Pflicht der Eltern oder ähnlicher Aufsichtspflichtiger, solche Schäden zu verhindern, die fremden Rechtsgütern aus dem Verhalten der zu beaufsichtigenden Person drohen (3); die gesetzliche Pflicht der Polizei,

---

1) unten S. 35o ff
2) vgl. Henkel, MschrKrim 1961, 184: Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 102; oben S. 215
3) § 832 BGB; in § 143 StGB wird die Pflichtverletzung als solche unter Strafe gestellt

Gefahren abzuwenden, die der Allgemeinheit oder dem einzelnen drohen; die vertraglichen Pflichten, die Personen zur Beaufsichtigung von gefährlichen Personen oder Zuständen übernommen haben, um die daraus etwa entstehenden Gefahren für Dritte einzudämmen - z. B. Schrankenwärter im Hinblick auf die Gefahren der Eisenbahnkreuzung für den Straßenverkehr, Bademeister für die Gefahren des Schwimmbades.
Auch die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun zählt hierzu, wenn das Vorverhalten die Gefahr verursacht oder verstärkt hat und dadurch die Erfolgsabwendungspflicht gegenüber dem zu schützenden Rechtsgut entstanden ist - z. B. wenn jemand zufällig eingeschlossen wird, der Autofahrer den Fußgänger schuldlos anfährt, so daß dieser ärztliche Hilfe braucht, oder der Jäger das Gewehr in geladenem Zustand in das Wirtshaus hängt.
In all diesen Fällen wird dem Garanten der gefährliche Kausalverlauf, den er hätte aufhalten können und müssen, zugerechnet. Hängt die Verantwortlichkeit des Unterlassenden also von einem konkreten Tatverlauf ab, so ist es nur konsequent, die Herrschaft der Beteiligten über ihn als Kriterium für die Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme heranzuziehen.

Somit kann der Garant, der aufgrund seiner Überwachungspflicht über eine Gefahrenquelle für ein daraus hervorgegangenes rechtsgutbeeinträchtigendes

Geschehen verantwortlich ist, als Täter bestraft werden, falls er die Tatherrschaft über das Geschehen besitzt; wird er jedoch durch einen anderen Tatherrn zu einer Randfigur des Geschehens abgedrängt, so ist er nur Teilnehmer und damit als Gehilfe an der Straftat des anderen zu bestrafen.

(II) Die Auswirkungen des Tatherrschaftsprinzips auf die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen

In den beiden folgenden Abschnitten werden die Auswirkungen des Täterbegriffs der Tatherrschaft auf die Unterlassungsdelikte getrennt nach den Gesichtspunkten untersucht, ob ausschließlich Unterlassende oder neben einem Unterlassenden auch Handelnde an dem Geschehen beteiligt sind. Dies bedeutet nicht, daß der Tatherrschaftsbegriff des Unterlassenden bei der Beteiligung eines Handelnden verändert werden muß und die Dogmatik der Beteiligung durch Unterlassen somit von der Beteiligung eines Handelnden abhängig ist. Die Beteiligungslehren beider Verhaltensarten bilden vielmehr jede für sich eine abgeschlossene Einheit, wie bereits im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt wurde. Dies gilt auch für den tatherrschaftsbezogenen Täterbegriff der Unterlassungsdelikte.
Die getrennte Behandlung der Beteiligungsgruppen ist geboten, weil in beiden Fällen ganz andere

Probleme auftreten: Bei der ausschließlichen Beteiligung von Unterlassenden geht es zunächst nur um die Frage, ob eine differenzierte Beteiligung überhaupt möglich ist; erst beim Zusammentreffen von Unterlassenden und Handelnden gewinnt die ganze Skala der Beteiligungsformen - mit den zugehörigen Problemen - Bedeutung.

(1) Der Unterlassende neben Unterlassenden

Da jeder verantwortliche Unterlassende die Entscheidungsgewalt und damit die Unterlassungsherrschaft über das ablaufende Geschehen besitzt (1), muß er im Regelfall neben anderen Unterlassenden als Täter zu behandeln sein. Tatsächlich ist auch der Raum für eine differenzierte Beteiligungslehre zwischen Unterlassenden im Bereich der Herrschaftsdelikte sehr gering, denn die Straftatbestände des StGB bieten hierfür kaum geeignete Ansatzpunkte.

(a) Allein- und Nebentäterschaft

Wer entgegen seiner Pflicht, die schädlichen Auswirkungen einer Gefahrenquelle für fremde Rechtsgüter einzudämmen, in ein solches schadenbringendes und ungesteuertes Geschehen nicht

1) s. oben S. 28o

eingreift und dadurch alle Merkmale eines rechtsgutschützenden Straftatbestandes verwirklicht, ist als Täter dieses Deliktes zur Verantwortung zu ziehen. Hierbei ist es unerheblich, ob einer oder mehrere Unterlassende diese Voraussetzungen - jeder für seine Person - erfüllen, sofern sie dies nur unabhängig voneinander tun.

> Der Schwimmeister A, der den Badebetrieb in einem Strandbad zu beaufsichtigen hat, schaut untätig zu, wie der badende C in den Wellen ertrinkt.

Die Aufgabe des A ist es, die Gefahren, die den Badenden im Wasser drohen, von diesen abzuwenden (1). Gerät C in die Gefahr zu ertrinken, so entspringt der Aufsichtspflicht des A die Handlungspflicht, durch sein Eingreifen das Leben des C zu retten. Kommt A dieser Pflicht nicht nach, so ist er als Täter des § 212 zu bestrafen (2), weil er die Unterlassungsherrschaft über das Tatgeschehen besitzt.
A ist auch dann als Täter zu bestrafen, wenn noch ein weiterer Schwimmeister das Strandbad

---

1) Es handelt sich hierbei um eine mittelbare Garantenpflicht, weil die das Leben des C schützende Handlungspflicht nicht aus einer besonderen Schutzpflicht gegenüber C, sondern aus der Aufsichtspflicht über die Gefahren des Strandbades erwächst. Anders könnte es z. B. sein, wenn C dem A anvertraut worden wäre, um dessen Lähmung langsam durch Schwimmbewegungen zu heilen. Zu der genauen Bestimmung der Garantenpflichten vgl. unten S. 357.
2) § 330 c bleibt hier als subsidiäres Delikt außer Betracht, vgl. dazu unten S. 459.

beaufsichtigt und ebenfalls pflichtwidrig die Rettung unterläßt; denn die Unterlassungsherrschaft des einen wird durch die des anderen nicht berührt, solange beide unabhängig voneinander die gebotene Handlung unterlassen (1). Das gleiche gilt auch, wenn eine dritte Person aufgrund einer ganz anderen Garantenpflicht den C retten muß und ebenfalls untätig bleibt: Etwa wenn ein Bekannter des C diesen zum Schwimmen in dem betreffenden Strandabschnitt überredet hat, weil er irrig annahm, daß die Schwimmkünste des C für diese gefährliche Badestelle ausreichten. In all diesen Fällen sind A und die übrigen unterlassenden Garanten als Täter für den Tod des C verantwortlich. Da jeder den Unterlassungstatbestand in seiner Person vollständig und unabhängig von dem anderen erfüllt hat, ist jeder für sich gesehen Alleintäter.
Bei einer solchen Mehrzahl von Alleintätern spricht man von Nebentätern (2).

(b) Beihilfe

Wenn sich jemand an einer Straftat beteiligt, ohne selbst die Voraussetzungen der Täterschaft in seiner Person zu erfüllen, so kann er nur

---

1) Zur Frage der gemeinsamen Handlungspflicht und ihrer Auswirkung auf die Täterschaftsform vgl. unten S. 312 ff und 330 ff.
2) vgl. oben S. 75 und unten S. 322 ff

als Teilnehmer - beim Unterlassen also nur als Gehilfe - zur Verantwortung gezogen werden (1).
Hierfür bestehen bei der Beteiligung von ausschließlich mittelbaren Garanten an einer Straftat theoretisch zwei Möglichkeiten: Einer der Unterlassenden besitzt nicht die Tatherrschaft über das Geschehen oder er erfüllt den Straftatbestand nicht vollständig, so daß ihm das normierte Unrecht nur zu einem Teil vorzuwerfen ist.

(aa) Fehlende Tatherrschaft

Beim Zusammentreffen mehrerer Unterlassender ist die erste Möglichkeit, daß nämlich die Tatherrschaft bei einem Beteiligten vorhanden ist und bei einem anderen fehlt, nicht denkbar.
Ein Garant kann nur dann - auch nur als Teilnehmer - zur Verantwortung gezogen werden, wenn er zu irgendeinem Zeitpunkt den Erfolg mit der pflichtgemäßen Handlung hätte abwenden können (2) und dies schuldhaft unterlassen hat. Er muß also, um überhaupt als Beteiligter belangt werden zu können, die Entscheidungsgewalt über das ablaufende

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 26 ff, 477; dazu, daß eine Anstiftung im Sinne des § 48 nicht durch Unterlassen geschehen kann, vgl. oben S. 132 ff.
2) Zur Lehre von der Unterlassungsbeihilfe ohne Erfolgsabwendungsmöglichkeit vgl. oben S. 110 ff.

Tatgeschehen und damit die Unterlassungsherrschaft besessen haben. Die dadurch erlangte Zentralstellung im Tatgeschehen kann dem Unterlassenden nicht durch andere Unterlassende genommen werden, ohne daß zugleich auch seine Verantwortlichkeit aufgehoben wird.

Dies soll anhand des erwähnten Schwimmeister-Falles näher dargelegt werden.
Die Schwimmeister A und B, die als Aufsichtspersonal an dem betreffenden Strandbadabschnitt die Rettungswachen stellen, besitzen beide die Unterlassungsherrschaft und damit die Stellung des Täters, wenn jeder den ertrinkenden C noch retten kann und dies bewußt unterläßt. Da die Unterlassungsherrschaft - bedingt durch die Eigenart dieser Verhaltensweise - nur eine passive Beziehung zwischen dem Garanten und dem Tatgeschehen kennzeichnet, kann durch sie die Stellung anderer Beteiligter nicht beeinflußt werden: Wenn A zu einem gewissen Zeitpunkt den rechtswidrigen Erfolg abwenden kann und damit den weiteren Geschehensablauf in der Hand hält, so wird hierdurch nicht ausgeschlossen, daß auch B zum gleichen oder zu einem anderen Zeitpunkt dieselbe Herrschaftsposition innehat. Besitzt A jedoch die Willensherrschaft über B, weil er diesen z. B. nicht darüber aufklärt, daß C nicht zu ihm herüberwinkt, um ihn zu grüßen, sondern um seine Hilfe zu erbitten,

dann fehlt dem B mangels der nötigen Kenntnis der Tatumstände nicht nur die Unterlassungsherrschaft, sondern zugleich auch jede Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher Beteiligung an dieser Straftat (1).

Diese Alternative, daß entweder jeder Unterlassende für sich und unbeeinflußt von den anderen die Unterlassungsherrschaft besitzt oder einer aufgrund seiner Willensherrschaft über den anderen dessen Verantwortlichkeit überhaupt ausschließt, läßt sich nicht durchbrechen, solange man die Tatherrschaft als tatsächliche, aktuelle Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Tatverlauf begreift.
Da die Unterlassenden sich gegenüber dem tatbestandlichen Geschehen immer völlig gleich - nämlich im Hinblick auf das gebotene Tun untätig - verhalten, ist eine Abstufung der Verhaltensweise und damit eine Differenzierung nach tatbeherrschender und nicht-tatbeherrschender Beteiligung nicht möglich.

Zu einem anderen Ergebnis käme man nur dann, wenn man das pflichtgemäße Verhalten mitberücksichtigte: Wäre die Tatherrschaft, wie Loewenheim meint (2),

---

1) vgl. dazu unten S. 340 ff. In der dritten Stufe der Willensherrschaft - beim Irrtum über den konkreten Handlungssinn (vgl. unten S. 335 ff) wäre der Irrende zwar verantwortlich; dies würde ihn aber zugleich auch zum Täter machen, so daß auch bei einer Verantwortlichkeit des "Werkzeuges" keine differenzierte Beteiligung zwischen Unterlassenden auftreten könnte.

nach der leichtesten, zweckmäßigsten und unmittelbarsten Erfolgsabwendungsmöglichkeit zu bestimmen, so würde der Bademeister A Tatherr sein, wenn er der Unglücksstelle näher ist als B und er die Rettung daher leichter durchführen kann. B wäre in diesem Fall zwar für die Nichtvornahme der gebotenen Rettungshandlung zur Verantwortung zu ziehen, aber nur als Teilnehmer, weil er wegen der erschwerten Rettungsmöglichkeit nicht die Tatherrschaft besäße.

Dieser Ansatzpunkt ist jedoch, wie bereits oben festgestellt wurde (1), verfehlt, denn durch das Einbeziehen des pflichtgemäßen Verhaltens in die Tatherrschaftsprüfung verläßt man die Grundlage der tatsächlichen Beziehung zwischen dem Unterlassenden und dem Geschehen und wendet sich der Prüfung der potentiellen Beziehungen zu - d. h. wie sich der Unterlassende bei rechtstreuem Verhalten gegenüber den übrigen Beteiligten hätte durchsetzen können.

Da es hier aber um die Bewertung des rechtswidrigen Geschehens geht und darum, ob die Beteiligten es tatsächlich beherrschten, bleibt es bei der Feststellung, daß jeder für den rechtswidrigen Erfolg verantwortliche Unterlassende notwendig auch die Unterlassungsherrschaft besitzt; deshalb kann bei der Beteiligung mehrerer Unterlassender an einer rechtsgutsverletzenden Straftat keiner von ihnen wegen fehlender Tatherrschaft nur als Gehilfe bestraft werden.

---

1) s. oben S. 167 und 247

(bb) Unvollständige Tatbestandserfüllung

Die zweite denkbare Fallkonstellation mit einer Unterlassungsbeihilfe bei ausschließlicher Beteiligung von Unterlassenden an einem Tatgeschehen liegt dann vor, wenn der Unterlassende nur einen Teil des im Straftatbestand normierten Unrechts erfüllt. Nach der gegenwärtigen Fassung des Strafgesetzes gibt es diese Möglichkeit nur in sehr beschränkter Zahl.

Die Seltenheit solcher Beihilfe-Fälle läßt sich damit erklären, daß Unterlassende sich objektiv immer nur mit derselben Verhaltensweise an einem Tatgeschehen beteiligen können, nämlich durch Nichtvornahme der gebotenen Handlung. Demzufolge kann bei mehreren Unterlassenden das Unrecht in der Regel nicht dahingehend abgestuft werden, daß der eine mit seinem Verhalten das gesamte und der andere nur einen Teil des tatbestandlichen Unrechts erfüllt hat.
Nur bei Unrechtsmerkmalen, die vom Verhalten unabhängig sind, z.B. bei Absichten, Tendenzen oder Gesinnungsmerkmalen ist eine solche Differenzierung denkbar. Sie läßt sich aber auch nur mit einer geringen Zahl von Beispielsfällen belegen, weil das Strafgesetzbuch hierfür nur wenige geeignete Straftatbestände aufweist (1).

---

1) Im Bereich der Pflichtdelikte ist dies wegen der besonderen Pflichtenstellung, die der eine Unterlassende innehaben kann und der andere nicht, leichter möglich; vgl. unten S. 371 f.
Würde man den Diebstahl - wie Herzberg, Unterlassung, S. 138 - als reinen Rechtsgutstatbestand begreifen, so wäre hier leicht eine Differenzierung zwischen einem Unterlassenden mit Zueignungsabsicht (= Täter) und einem Unterlassenden ohne diese Absicht (= Teilnehmer) denkbar; hier wird jedoch die Wegnahme als verhaltensgebundenes Unrechtselement verstanden; vgl. oben S. 45 zu Anm.3.

Anhand des - allerdings recht umstrittenen - Unterschlagungstatbestandes (§ 246) sei dies erläutert:

> A und B verlassen eine Gaststätte. An der Garderobe können sich beide zunächst nicht mehr genau daran erinnern, ob A beim Betreten der Gastwirtschaft einen Hut getragen hat. B meint schließlich, sich doch daran erinnern zu können, und überzeugt auch den A, der daraufhin den einzigen vorhandenen Hut - der aber in Wirklichkeit dem C gehört - guten Glaubens aufsetzt und die Gaststätte verläßt. Als A und B in der Wohnung des A angekommen sind und Hut und Mantel abgelegt haben, erscheint dort der C und verlangt Auskunft, welchen der auf der verschlossenen Hutablage befindlichen Hüte der A mitgenommen hat; er will dannfeststellen, ob dieser ihm gehört. Weder A noch B geben die gewünschte Auskunft, und C muß deshalb unverrichteter Dinge wieder fortgehen.

Teilt man diese Geschehen in Verhaltensabschnitte auf, um so eine erschöpfende strafrechtliche Bewertung vornehmen zu können (1), so müssen das positive Tun von A und B in der Gaststätte, das positive Tun in der Wohnung des A in Gegenwart des C und schließlich das Unterlassen im Beisein des C unterschieden werden.
Das Verhalten in der Gastwirtschaft kann keinerlei strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, denn es stellt nur einen fahrlässigen Besitzentzug dar, der nicht strafbar ist.

---

1) vgl. unten S. 433 f

Das positive Tun von A und B, als C nach dem Verbleib des Hutes fragte, wurde in der Fallschilderung gar nicht erwähnt. Es könnte darin bestanden haben, daß A oder B oder beide antworteten, C ginge das nichts an, er solle verschwinden oder sie wüßten von nichts. Dies könnte als äußere Bestätigungshandlung der Aneignung (1) und damit als Grundlage einer Bestrafung nach § 246 angesehen werden. A und B könnten sich aber auch völlig untätig im Hinblick auf das gefährdete Eigentumsrecht des C und die zum Schutz des Eigentums des C gebotene Auskunft verhalten und dadurch keinerlei Anhaltspunkt für eine durch positives Tun begangene Unterschlagung gegeben haben.

Unabhängig hiervon sind A und B Träger einer Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun: Sie haben das Eigentumsrecht des C an seinem Hut durch das sorgfaltspflichtwidrige Tun in der Gastwirtschaft gefährdet - B durch Zureden und A durch das Aufsetzen und Entfernen des Hutes aus der Garderobe. Aufgrund dieses Vorverhaltens sind sie verpflichtet, die hieraus entstehenden Schäden für das Eigentumsrecht des C durch positives Tun abzuwenden. Dieser Garantenpflicht entspringt also die Auskunftspflicht gegenüber C, ihm den Verbleib seines Hutes anzugeben. Indem A und B der Auskunftspflicht nicht nachkamen, haben sie - völlig unabhängig von einem begleitenden Tun - eine

---

1) vgl. RGSt 63, 375, 378;
Lackner-Maassen § 246 Anm. 4 a

"Aneignung" im Sinne des § 246 (1) begangen, denn das Ausbleiben der pflichtgemäßen Handlung offenbart in objektiv erkennbarer Weise den Zueignungswillen (2).
Geht man bei der Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von A und B, also von dem pflichtwidrigen Nichtbefolgen der Auskunftspflicht aus, weil ja in der unterlassenen Rückgewähr des irrtümlich mitgenommenen Hutes der eigentliche Vorwurf liegt und das positive Tun der Delinquenten daneben völlig wertneutral gestaltet sein kann, so ist weiter zu fragen, ob A und B alle Tatbestandsmerkmale des § 246 erfüllt haben und welche Verantwortlichkeit sich daraus ergibt.
A hat das Merkmal der "Zueignung" erfüllt, denn es setzt begrifflich keine bestimmte Verhaltensweise voraus und für die gesetzliche Festlegung dieser Strafvorschrift auf positives Tun gibt es keinerlei Anhaltspunkte (3). A eignete den

---

1) Bei B liegt zumindest ein "enteignendes" Verhalten vor, das seine Beihilfe begründen kann.
2) vgl. dazu RGSt 9, 290, 291; Frank § 246 Anm. III 1; Paulus S. 209; auch Herzberg, Unterlassung, S. 142 ff
3) Welzel, Lehrbuch, § 47, 1 b; a. A. Frank, § 246 Anm. III 1; Schwarz-Dreher, § 246 Anm. 2 B d und die überwiegende Meinung. Da die Forderung, die Zueignung müsse durch eine "äußere Handlung manifestiert" (Maassen in Lackner-Maassen § 246 Anm. 5a) bzw. ein "dynamischer Vorgang" (Schünemann, JuS 1968, 117) sein, die Erfüllbarkeit dieser Vorschrift durch Unterlassen ausschließt, ohne daß hierfür ein gesetzlicher Anhaltspunkt vorliegt, muß sie abgelehnt werden. Herzberg (Unterlassung, S. 143) ordnet die Zueignung den verhaltensgebundenen Normen zu, die jedoch durch "konkludentes Unterlassen" erfüllbar sind; vgl. hierzu oben S. 119 Anm.3.

Hut "sich" zu, weil er ihn tragen will und dadurch, daß er den Verfolgungsanspruch des C unterstützt, den Hut seinem Vermögen einverleibt. Er hatte den Hut bereits in seinem Besitz, als die Zueignung erfolgte. Er hat somit alle Unterschlagungselemente erfüllt.

Da B an dem pflichtwidrigen Vorverhalten in der Gastwirtschaft wesentlich beteiligt war, traf auch ihn die Pflicht, dem C die Wiedererlangung seines Hutes zu ermöglichen. Er hat jedoch weder gleichzeitig mit dem Nichtbefolgen der Pflicht - gemäß der berichtigenden Auslegung des § 246 (1) - Besitz an dem Hut erlangt, noch hat er den Hut "sich" zugeeignet. Er hat durch sein Verhalten also keine Unterschlagung im Sinne des § 246 begangen, sondern nur eine nicht selbständige unter Strafe gestellte Sachentziehung. B hat sich demnach durch pflichtwidriges Unterlassen an der Straftat des A beteiligt und dabei einen Teil des Unrechts des § 246 (Enteignung des Berechtigten) erfüllt. Hiermit ist seine Strafbarkeit als Teilnehmer und damit als Gehilfe gemäß §§ 246, 49 begründet.

In dem Beispielsfall wäre A als Unterlassungstäter und B wegen unvollständiger Tatbestandserfüllung als Unterlassungsgehilfe zu bestrafen. Diese Differenzierung trotz objektiv gleicher Verhaltensweisen beruht auf den unterschiedlichen persönlichen Voraussetzungen, die den Verhaltensweisen der beiden Delinquenten zugrundeliegen.

---

1) vgl. BGH LM Nr. 37 zu § 246;
Schönke-Schröder, § 246 RN 9 mwN.

Eine solche Differenzierung ist praktisch nur im Bereich der subjektiven oder willensabhängiger Tatbestandsmerkmale denkbar, da diese verhaltensunabhängig sind. Bei den wesentlichen Straftatbeständen kann hieraus jedoch neben einer Unterlassungstäterschaft keine Unterlassungsbeihilfe entstehen, weil der Delinquent ohne das normierte subjektive Tatbestandsmerkmal stets das gesamte Unrecht des Grundtatbestandes erfüllt und schon deshalb als Täter aus dieser Grundnorm haftet.

> **Als A eines nachts die Pelzfabrik ausgeräumt hat und mit seiner Beute das Weite sucht, torkelt ihm der betrunkene C vor den Wagen, so daß er nicht mehr bremsen kann und den C überfährt. C bleibt schwerverletzt liegen und A macht sich davon.**
>
> Kurz darauf kommt der Polizeibeamte B an der Unfallstelle vorbei, sieht den C mit dem Leben ringen, aber unternimmt nichts für die noch mögliche Rettung des C, weil er gleich abgelöst wird und dann nach Hause gehen kann.

A und B haben objektiv das gleiche Unrecht begangen, denn beiden wird aufgrund ihres pflichtwidrigen Nichteingreifens der Tod des C (1) zur Last gelegt. Das in der letzten Alternative des § 211 normierte subjektive Unrecht hat dagegen nur A erfüllt. Wäre dies nun der einzige Straftatbestand wider das Leben, so wäre A wegen der vollständigen Verwirklichung dieses Tatbestandes

---

1) Daß auch dem A ein garantenpflichtwidriges Unterlassen im Hinblick auf die Tötung des C vorzuwerfen ist, wurde oben auf S. 3o Anm. 1, 5o dargelegt.

als Täter und B wegen nur teilweiser Verwirklichung als Teilnehmer zu bestrafen. Da es aber eine Vielzahl von privilegierten und qualifizierten Tatbeständen sowie den Grundtatbestand des § 212 für Straftaten wider das Leben gibt, haben A und B je einen Straftatbestand als Täter erfüllt (1).
Im Rahmen der Tötungsdelikte ist also - wie bei fast allen wesentlichen Tatbestandsgruppen - eine differenzierte Beteiligung mehrerer Unterlassender nicht möglich, weil ein Unterlassender, der das qualifizierende subjektive Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt, immer das gesamte Unrecht des Grundtatbestandes in seiner Person verwirklicht hat und deshalb als Täter nach dieser Vorschrift verantwortlich ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß an einem Tatgeschehen neben einem Unterlassungstäter nicht ein weiterer Unterlassender als Gehilfe wegen fehlender Tatherrschaft beteiligt sein kann; denn ein wegen vorsätzlichen Verhaltens verantwortlicher Unterlassender besitzt stets die Unterlassungsherrschaft, die ihm neben einem anderen Unterlassenden die Stellung des Täters verleiht.
Eine differenzierte Beteiligung von Unterlassenden an demselben Geschehen ist nur dann

---

1) Wenn man jedoch mit dem BGH (BGHSt 1, 368; 2, 251) und entgegen der überwiegenden Lehre (vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 211 RN 4 ff) die §§ 211 und 212 als selbständige Tatbestände behandeln würde, könnte man hier zu einer differenzierten Unterlassungsbeteiligung gelangen.

denkbar, wenn einer von ihnen lediglich einen Teil des tatbestandlichen Unrechts erfüllt. Aber auch diese Konstellation ist wegen des Mangels an geeigneten Straftatbeständen, die eine differenzierte Erfüllung durch Unterlassen zulassen, äußerst selten.
Dies wirkt sich natürlich auch auf die beiden Sonderformen der Täterschaft aus.

(c) Mittäterschaft

Bei der Untersuchung, ob die Beteiligungsvorschriften und das Unterlassen miteinander zu vereinbaren sind, wurde festgestellt, daß die Mittäterschaft begrifflich nicht an das positive Tun gebunden, sondern diese Form der Unterlassungstäterschaft bei Rechtsgutstatbeständen grundsätzlich möglich ist (1).
Diese Aussage muß nun dahingehend präzisiert und eingeschränkt werden, daß es hiervon im Bereich des Tätermerkmals der Tatherrschaft eine wichtige Ausnahme gibt: Die die Mittäterschaft begründende funktionelle Tatherrschaft kann von einem Unterlassenden nicht ausgeübt werden, weil sein Tatbeitrag nicht die hierfür erforderliche besondere Qualität besitzen kann (2); damit ist die Mittäterschaft des Unterlassenden im Geltungsbereich des Tätermerkmals der Tatherrschaft nicht denkbar.

---

1) s. oben S. 80
2) vgl. oben S. 283 ff

Der Unterlassende besitzt zwar aufgrund seiner Entscheidungsgewalt die Unterlassungsherrschaft, die ihn zur Zentralgestalt eines ungesteuerten Tatgeschehens und damit zum Täter bzw. Nebentäter werden läßt (1), und er kann auch kraft der Willensherrschaft zum mittelbaren Täter einer Straftat werden (2). Er nimmt jedoch nie die Stellung eines Mittäters ein, welcher mit seinem Tatbeitrag die gesamte Straftat beherrscht, ohne die Verantwortlichkeit des anderen "Mittäters" auszuschließen. Der Garant erhält nämlich beim Unterlassen der gebotenen Handlung lediglich die Möglichkeit, die Straftat des Dritten zu vereiteln; hierdurch entsteht aber nicht die Herrschaftsbeziehung des Mittäters, weil dieses Abhängigkeitsverhältnis nicht funktionell und damit nicht konstruktiv auf die Herbeiführung der Straftat gerichtet ist, sondern nur die negative Wirkung der Erfolgsabwendung enthält.

Man könnte jedoch auch auf das die Mittäterschaft begründende Merkmal der funktionellen Tatherrschaft verzichten und bei der Erfüllung anderer Tatumstände - etwa einer gemeinsamen Handlungspflicht (3) - von einer Mittäterschaft der Unterlassenden sprechen. Hierdurch könnte man das ungewöhnliche Ergebnis dieser Untersuchung, daß nämlich bei einer wichtigen Gruppe der Unterlassungsdelikte die Mittäterschaft nicht möglich

---

1) vgl. oben S. 273 ff, 298 ff
2) vgl. oben S. 271 ff, 315 ff und unten S. 333 ff
3) so grundsätzlich Roxin, Täterschaft, S. 469

ist, optisch korrigieren.
Das wäre zwar an sich kaum schädlich, weil eine solche "Mittäterschaft" wegen eines fehlenden Zurechnungselementes ohnehin keine Aufwertungsfunktion besitzen und deshalb nur solche Unterlassende erfassen könnte, die bereits aufgrund ihres persönlichen Verhaltens Täter sind (1). Trotz dieser lediglich terminologischen Folge kann das Heranziehen herrschaftsfremder Tatmerkmale zur Begründung der Mittäterschaft nicht befürwortet werden, denn hierdurch würde der einheitliche Täterbegriff in dieser Deliktsgruppe ohne zwingenden Grund zerstört (2).

---

1) Auch abgesehen hiervon läßt sich kein Straftatbestand finden, der eine solche aufwertende Mittäterschaft durch Zurechnung fremder Tatbeiträge ermöglichen könnte. Würde man etwa in dem obigen Hutfall A und B aus irgendeinem Grund als Mittäter betrachten, so könnte B doch nicht als Täter des § 246 bestraft werden. Er hat nämlich den Hut nicht "sich zugeeignet", weil er weder einen Vorteil aus dem Geschehen gezogen (BGHSt 4, 236, 238; Schwarz-Dreher § 242 Anm. 3 A), noch mangels einer Verfügungsmacht eine selbständige Verfügung über den Hut getroffen hat (Roxin, Täterschaft, S. 347 f; Schönke-Schröder, § 246 RN 45). Da das Gesetz verlangt, daß der Täter die Sache "sich zueignet", kann nur dieser reflexive Vorgang das Delikt vollständig erfüllen. Eine Fremdzueignung, wie sie in jedem Falle nur von B begangen werden kann, reicht hierfür nicht aus. Deshalb dürfte auch bei der Zurechnung der von A begangenen Tatmerkmale der B nicht als Mittäter bestraft werden. Zur Zurechnung dieses Unrechts beim mittelbaren Täter vgl. unten S. 346 f.
2) Vgl. für die Pflichtdelikte Roxin, Täterschaft, S. 356

Es bleibt also festzuhalten, daß im Bereich des Täterbegriffs der Tatherrschaft ein Unterlassender kein Mittäter sein kann, weil er nicht die hierfür erforderliche funktionelle Tatherrschaft innehaben kann. Dies soll unten (1) noch näher erläutert werden, wenn die Probleme der Mittäterschaft durch Unterlassen beim Zusammentreffen von Unterlassenden und Handelnden deutlicher zutage treten und anschaulicher dargelegt werden können.

(d) Mittelbare Täterschaft

Durch die Willensherrschaft über einen anderen Tatbeteiligten kann ein Unterlassender - ebenso wie ein Handelnder - zum mittelbaren Täter werden (2); dies wird im folgenden Abschnitt über das Zusammentreffen von Handelnden und Unterlassenden begründet und anhand von Beispielsfällen dargestellt werden (3). Hier wäre eine Erörterung dieser Konstellation, obgleich theoretisch möglich, völlig fruchtlos, weil sie bei der ausschließlichen Beteiligung von Unterlassenden bedeutungslos ist. Der Unterlassende nämlich, der wegen seiner Willensherrschaft über den anderen an der Tat beteiligten Unterlassenden als mittelbarer Täter anzusehen wäre, müßte auch ohne seine Willensherrschaft als - unmittelbarer - Täter bestraft werden oder trotz seiner Willensherrschaft straflos bleiben. Nimmt etwa der

---

) vgl. unten S. 330 ff
2) vgl. oben S. 271 ff, 315 ff
3) s. unten S. 333 ff

Bademeister A seinem Kollegen B die Schwimmangel nicht ab, an der der Nichtschwimmer N hängt, um ihn zu zwingen, die Rettung des ertrinkenden C zu unterlassen, so ist A bereits wegen der von ihm selbst unterlassenen Rettung als Täter gemäß § 212 zu bestrafen, wenn C ertrinkt. Deneben ist der Zwang, den A auf B ausübt, indem er ihm nicht die Sorge für das Leben des N abnimmt, und durch welchen A die Willensbildung des B beherrscht, ohne eigene Bedeutung.
Glaubte dagegen in dem obigen Hut-Fall der A, daß der Hut ihm gehöre, und gibt er deshalb dem C nicht die gebotene Auskunft, so könnte der B auch dann, wenn er allein die Tatzusammenhänge erkennt, kein mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft sein, weil er mangels eigener Verfügungsmacht über den Hut diesen nicht "sich zueignen" konnte (1). Dieses personale Unrecht kann ihm auch aufgrund der Willensherrschaft nicht zugerechnet werden, falls er es nicht selbst erfüllt hat (2). B ginge somit straffrei aus.

Es soll hiermit keineswegs gesagt werden, daß die mittelbare Täterschaft kraft Willensherrschaft zwischen Unterlassenden nicht denkbar ist. Sie hat jedoch aufgrund des oben dargestellten Mangels an differenzierter Unterlassungsbeteiligung keine selbständige, praktische Bedeutung.
Wegen der Struktur dieser Täterschaftsform kann

---

1) vgl. dazu oben S. 306 ff, 309
2) vgl. unten S. 347 f

deshalb auf den folgenden Abschnitt verwiesen werden, wo sie eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der Beteiligung des Unterlassenden spielen wird.

(2) Der Unterlassende neben Handelnden

Die weitaus überwiegende Zahl der Abgrenzungslehren für Täterschaft und Teilnahme von Unterlassenden beschäftigt sich ausschließlich mit der Beteiligung von Unterlassenden und Handelnden an einem Tatgeschehen. Wie im vorhergehenden Abschnitt gezeigt wurde und bei den Gruppen der Pflicht- und Verhaltenstatbestände bestätigt werden wird (1), ist diese Beschränkung der Abgrenzungslehren vom Ergebnis her gerechtfertigt, weil das Zusammentreffen von ausschließlich Unterlassenden selten Fragen der differenzierten Beteiligung aufwirft.
Erst beim Zusammentreffen von Unterlassenden und Handelnden nehmen die Fallkonstellationen, bei denen der Unterlassende nur die Verantwortlichkeit eines Teilnehmers zu tragen hat, breiten Raum ein. Dies kann sowohl in der weniger intensiven Beziehung des Unterlassenden zum Tatgeschehen als auch in der bloßen Teilerfüllung des tatbestandlichen Unrechts begründet sein. Demzufolge können hier auch die

---

1) s. oben S. 300 ff und unten S. 399 ff

Sonderformen der Täterschaft Bedeutung gewinnen, wobei allerdings die Mittäterschaft ausscheidet, weil ein Unterlassender keine funktionelle Tatherrschaft besitzen kann (1).
Hierdruch entsteht im Bereich des Tatherrschaftsprinzips ein buntes Bild der Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte, das es nun darzustellen gilt.

(1) Alleintäterschaft

Beherrscht ein Handelnder durch sein auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtetes, steuerndes Eingreifen ein Tatgeschehen, dann kann ein Unterlassender, der entgegen seiner Garantenpflicht das rechtsgutbeeinträchtigende Geschehen aufzuhalten, nicht erfolgsabwendend eingreift, nicht die Zentralfigur und damit nicht Täter der Straftat sein; denn die Beziehung des Handelnden zum Geschehen ist intensiver als die des Unterlassenden (2). Daraus ist zu folgern, daß ein Unterlassender aufgrund seiner Unterlassungsherrschaft nur dann Alleintäter einer Straftat sein kann, wenn der beteiligte Handelnde die Straftat nicht beherrscht und deshalb nur als Teilnehmer bestraft werden kann.
Dies setzt voraus, daß der Handelnde durch das positive Tun nicht seinen Tatwillen verwirklicht, sondern trotz seines aktiven Tatbeitrages die

---

1) siehe oben S. 283 ff
2) vgl. oben S. 281 f

Verwirklichung der Straftat dem Unterlassenden anheimstellt.

> In dem Strandbad, in dem der Bademeister A Dienst tut, droht der C zu ertrinken. Der Badegast B rät dem A, den C nicht zu retten, weil C den Einsatz nicht wert sei.

Greift A nicht erfolgsabwendend in das Geschehen ein, so ist er als mittelbarer Garant für den Tod des C verantwortlich. B hat an dem Geschehen durch seinen rechtswidrigen Rat mitgewirkt, ohne jedoch selbst die Tatherrschaft zu erlangen; denn weder hat er das gefährliche Kausalgeschehen durch einen zielbewußten Eingriff auf den Erfolg hin gesteuert, noch hat er die Schutzinstanz A mit einer zwingenden Maßnahme seinem Willen unterworfen. B hat zwar die Willensbildung des A beeinflußt oder dies zumindest versucht; die Entscheidung über die Vornahme der pflichtgemäßen Handlung und damit über das Schicksal des bedrohten Rechtsgutes blieb jedoch allein bei dem Garanten A.
A ist demnach die Zentralgestalt und damit Täter der Straftat (§ 212), weil er aufgrund seiner Entscheidungsgewalt die Unterlassungsherrschaft innehat, während B ohne einen beherrschenden Einfluß auf das Geschehen als Anstifter oder Gehilfe teilnimmt - je nachdem, ob er den Tatentschluß bei A hervorgerufen oder den bereits vorhandenen Entschluß nur unterstützt hat.
Aus diesem Beispiel lassen sich nun die Merkmale ableiten, die bei der Beteiligung eines Unterlassenden und eines Handelnden an demselben

Tatgeschehen die Alleintäterschaft des Unterlassenden ergeben: Der Handelnde greift nicht steuernd in den rechtsgutsgefährdenden Kausalverlauf ein, und er beeinflußt den Garanten nur insoweit, daß dieser noch frei über den weiteren Verlauf des Tatgeschehens entscheiden kann. In dieser Situation verleiht die Unterlassungsherrschaft dem Garanten die zentrale Rolle im tatbestandsmäßigen Geschehen und damit auch die Position des Täters, weil der Handelnde ihn nicht durch ein tatbeherrschendes Tun aus dieser Stellung verdrängt.

Eine zusätzliche Bemerkung erscheint noch zur weiteren Absicherung dieser Ansicht nützlich.
Im abschließenden Exkurs wird dargelegt, daß es für die erschöpfende strafrechtliche Würdigung der Beteiligung eines Handelnden an einer Straftat erforderlich ist, sein Gesamtverhalten im Hinblick auf rechtswidriges Tun und Unterlassen zu untersuchen (1).
Im Hinblick auf das dort Gesagte könnte man nun auf den Gedanken kommen, daß in dem Strandbad-Fall der Badegast B aufgrund seines - nur die Begehungsteilnahme begründenden - Rates die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun innehaben müsse und er deshalb auch als Unterlassungstäter zu bestrafen sei. Damit würde nicht nur die Konstruktion der Alleintäterschaft für den unterlassenden Bademeister A durcheinandergeworfen, sondern praktisch auch eine Konstellation geschaffen, in der die Beteiligungslehre der Begehungsdelikte durch die der Unterlassungsdelikte aufgerollt würde (2).
Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend, denn die Garantenpflicht der Ingerenz kann bei aller Zustimmung, die ihr zuteil wird (3), nicht soweit

---

1) s. unten S. 425 ff
2) vgl. hierzu ausführlich oben S. 188 und unten S.372ff
3) vgl. oben S. 3o Anm. 1

ausgedehnt werden, daß jeder beliebige Kontakt einer Person mit einem Kausalverlauf die Verantwortlichkeit für dessen weitere Entwicklung begründet. Das würde nämlich zu einer unabsehbaren und völlig unberechtigten Ausdehnung dieses Rechtsinstituts führen: Es müßte z. B. der Reiseveranstalter für das Leben eines Passanten haften, weil er wissentlich nicht die durch einen Sturm gelockerten Ziegel auf dem Hause seines verreisten Kunden befestigen läßt und ein Ziegel einen Passanten erschlägt; oder es müßte der Arbeitskollege des Vaters V für den Tod dessen Sohnes als Garant bestraft werden, weil er in einem Gespräch gegenüber V geäußert hat, daß der Sohn keinen Pfifferling wert sei und er an der Stelle des Vaters keinen Finger für ihn rühren würde - wenn der Vater daraufhin bei einer plötzlichen Erkrankung seines Sohnes keinen Arzt hinzuzieht, der Sohn stirbt und der Arbeitskollege von all dem weiß.
Abgesehen von dieser untragbaren Ausweitung der Garantenverantwortlichkeit würde man auch den Grundgedanken der Ingerenz, daß nämlich jeder die von ihm geschaffenen Gefahren beseitigen muß (1), verletzen, wenn man den Badegast in dem Strandbad-Fall aus dieser Garantenpflicht für den Tod des C haften lassen wollte. Er hat nämlich nicht die Gefahr für das Leben des C geschaffen, sondern nur die, daß A nicht seiner Rettungspflicht nachkommt (2). In konsequenter Anwendung des Ingerenzgedankens wäre er verpflichtet, den A doch noch zur Befolgung der Rettungspflicht anzuhalten, und seine Verantwortlichkeit wegen des pflichtwidrigen Unterlassens dürfte somit lediglich Teilnahmeunwert enthalten. Das widerspricht jedoch dem Wesen der Garantenpflichten, nach dem nur eine Haftung für das gefährdete Rechtsgut selbst und nicht für die Teilnahme an einer rechtsgutschützenden Handlung begründet werden kann.

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 119 mwN.
2) Dazu, daß bei einer solch entfernten Beziehung des Delinquenten zu der Rechtsgutsverletzung deren objektive Zurechnung mit täterschaftsbegründender Wirkung ausgeschlossen ist, vgl. oben S.41 Anm. 3

Es führte zu weit, wenn man diesen Gedanken hier weiter verfolgte; festzuhalten bleibt, daß der anstiftende oder unterstützende Tatbeitrag eines Handelnden an einer Unterlassungstat nicht ausreicht, ihm aus dem Gedanken der Ingerenz heraus die täterschaftliche Verantwortlichkeit an der Rechtsgutsverletzung, die von dem Unterlassenden abzuwenden ist, aufzubürden; der Handelnde ist vielmehr wegen seines herrschaftslosen aktiven Tatbeitrages nur als Teilnehmer zu bestrafen.

(b) Nebentäterschaft

Nach den bisherigen Ausführungen zum Tätermerkmal der Tatherrschaft erscheint es ausgeschlossen, daß ein Handelnder und ein Unterlassender an demselben Tatgeschehen als Täter beteiligt sind: Wenn nämlich jeder auf seine Art das Geschehen beherrscht, so erhält der Handelnde aufgrund seiner intensiveren Beziehung zum Tatgeschehen die zentrale Stellung im handlungsmäßigen Geschehen und verdrängt den Unterlassenden in eine Nebenrolle.
Diese Ansicht wird auch weiterhin aufrechterhalten; sie schließt jedoch nicht die Möglichkeit einer Nebentäterschaft zwischen einem Handelnden und einem Unterlassenden aus.
Mit dem Begriff der Nebentäterschaft kennzeichnet man die Verhaltensweisen mehrerer Personen, die unabhängig voneinander Straftatbestände als Täter erfüllt haben, es handelt sich also um mehrere selbständige Täterschaften, die nur

durch die Identität des erfüllten Unrechts zusammenhängen (1). Man spricht deshalb auch häufig von einer Mehrtäterschaft (2).
Da die Nebentäter, abgesehen von dem Unrecht, nichts miteinander verbindet und diese Gemeinsamkeit auch nur auf einem Zufall beruht, ist es eigentlich nicht richtig, diese Konstellation zu den Beteiligungsarten mehrerer Personen an einem Tatgeschehen zu zählen: Jeder Nebentäter erfüllt nämlich eine gesonderte Straftat und beteiligt sich nicht an der des anderen. Wegen der Gemeinsamkeit im Unrecht und insbesondere wegen der Abgrenzung zu den übrigen, echten Beteiligungsformen ist es jedoch berechtigt, die Nebentäterschaft als eine Form der "Mehrheit von Tätern" (3) besonders zu behandeln.

Diese Bemerkungen waren notwendig, um die Möglichkeit der Nebentäterschaft von Handelnden und Unterlassenden hier erläutern zu können: Sie ist nur dann denkbar, wenn die Handelnden und Unterlassenden nicht an demselben Tatgeschehen beteiligt sind, sondern wenn jeder den Erfolg durch einen gesonderten, nur von ihm beherrschten Kausalverlauf herbeiführt. Diese Konstellation kommt nur recht selten vor, und zwar nur in den Fällen der alternativen oder

---

1) vgl. oben S. 75
2) vgl. Schönke-Schröder, § 47 RN 27
3) so Baumann, Lehrbuch, Teil IV, Abschn. B S. 477

kumulativen Kausalität (1), weil derselbe Erfolg durch zwei unabhängige Tatverläufe verursacht sein muß.

> Der Signalwärter A und der Jäger B wollen - unabhängig voneinander - den Streckenwärter C umbringen. Als C eines Tages eine einsame, unübersichtliche Gleisstrecke abläuft, nutzen beide die günstige Gelegenheit für ihr Vorhaben: A sperrt vor dem außerplanmäßigen Schnellzug entgegen der Vorschrift nicht die Strecke, auf der C sich befindet, in der Hoffnung, daß der Zug den C erfassen und töten wird. B, der sich zu dieser Zeit gerade auf der Pirsch befindet, schießt aus größerer Entfernung auf C. Dieser bricht auf den Schienen zusammen, stirbt jedoch erst, als der Zug ihn überrollt.

Je nachdem, ob C im gleichen Augenblick, da der Zug ihn erfaßt, auch an seiner Schußverletzung stirbt, oder ob er erst durch das Zusammenwirken beider Ursachen getötet wird - nämlich dadurch, daß er aufgrund der Schußverletzung nicht mehr rechtzeitig vor dem Zug zur Seite springen kann - ist alternative oder kumulative Kausalität anzunehmen. In beiden Fällen sind A und B Nebentäter: Denn A besitzt die Unterlassungsherrschaft über das todbringende Herannahen des Zuges und damit über die eine Erfolgsursache, und

---

1) Die gebräuchliche Bedingungsformel kann auch diese Fälle nur mit Mühe erfassen; vgl. Baumann, Lehrbuch S. 215; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 64; Welzel, Lehrbuch, § 9 II d; zur Kritik an der Bedingungsformel vgl. oben S. 41

B ist Tatherr und Täter hinsichtlich des Schusses. Beide Verantwortliche stehen selbständig nebeneinander, so daß die Merkmale dieser Täterform erfüllt sind.

(c) Beihilfe

Sind ein Handelnder und ein Unterlassender in der Weise an einem Tatgeschehen beteiligt, daß dieser pflichtwidrig nicht den erfolgauslösenden, vom Handelnden gesteuerten Kausalverlauf aufhält, so fällt dem Handelnden aufgrund seiner Handlungsherrschaft die Rolle des Täters zu, während der Unterlassende wegen seiner Unterlassungsherrschaft nur als Teilnahmer zu bestrafen ist.
Diese Konstellation liegt in den meisten Fällen des Zusammentreffens von Handelnden und Unterlassenden vor.

> Der Vater A des Schülers S unternimmt nichts, als er sieht, wie S die Bremsleitungen am Auto seines Lehrers B durchschneidet. B stirbt in einem Verkehrsunfall, weil die Bremsen seines Autos versagen.

Die strafrechtliche Verantwortung von A und S ergibt sich daraus, daß ihnen der todbringende Kausalverlauf zugerechnet wird (1): S hat durch das Zerschneiden der Bremsleitungen aktiv in

---

1) Die selbständige, subsidiäre Strafvorschrift des § 143 soll hier unberücksichtigt bleiben.

das Geschehen eingegriffen und dadurch den Tod des B herbeigeführt; A ist als aufsichtspflichtiger Elternteil verpflichtet, Gefahren abzuwenden, die fremden Rechtsgütern von seinem Sohn drohen, und er haftet demzufolge als mittelbarer Garant für das gefährliche Geschehen.

Die strafrechtliche Haftung des handelnden S und des unterlassenden A beruht also auf dem erfolgsverursachenden Kausalverlauf, und ihre Herrschaftsbeziehung zu diesem muß demnach über ihre Stellung im Tatgeschehen und damit über die Art ihrer Beteiligung entscheiden.
Entsprechend seinem aktiven Tatbeitrag, mit dem er das Geschehen bewußt auf den Erfolg hin lenkt, besitzt S eine sehr enge Herrschaftsbeziehung zum Tatgeschehen - die Handlungsherrschaft. Die Herrschaftsbeziehung des A, die auf seiner Stellung als Aufsichtspflichtiger über die Verhaltensweisen des S und seiner Entscheidungsgewalt über den weiteren Verlauf des von S gesteuerten Geschehens beruht - die Unterlassungsherrschaft -, ist im Vergleich zur Handlungsherrschaft des S schwächer.
Diese unterschiedliche Intensität der Herrschaftsbeziehungen spiegelt sich auch in der Verwirklichung des Tatwillens wider: S setzt seinen Tatwillen unmittelbar durch den erfolgsgerichteten Eingriff um und unterwirft das Geschehen seinem Wollen. A will ebenfalls den rechtswidrigen Erfolg, doch überläßt er dem S die Ausgestaltung der Tatausführung, ohne das Geschehen seinem

eigenen Willen zu unterwerfen (1).
Wäre A der Alleinverantwortliche für den Tatverlauf, weil z. B. die Bremsleitungen durch eine unbewußte Handlung des S zerschnitten wurde, so würde der weitere ungesteuerte Tatverlauf als die unmittelbare Verwirklichung seines Tatwillens erscheinen. Er wäre es auch tatsächlich, weil A das Geschehen ungehindert und nach seinem Wissen und Wollen auf den rechtswidrigen Erfolg zulaufen ließe. In dem Moment, in dem die Tat jedoch von S durch zielgerichtete Eingriffe gelenkt wird, bestimmt dieser den Tatverlauf nach seinem Willen und der unterlassende A kann die Gestaltung des Geschehens nur dem S anheimstellen und es so, wie dieser es lenkt, billigen.
Diese Abstufung der Herrschaftsbeziehung weist also dem handelnden S die Stellung der Zentralfigur im tatbestandsmäßigen Geschehen und damit die Stellung des Täters zu, während der unterlassende A als Randfigur und folglich als teilnehmender Gehilfe zu behandeln ist. Daß dies auch wertmäßig dem von den Beteiligten erfüllten Unrecht entspricht, ist bereits mehrfach - gerade auch bei der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Abgrenzungstheorien (2) - dargelegt worden. Es sei nur noch einmal daraufhingewiesen, daß A typisches Gehilfenunrecht begangen hat, indem er die Verwirklichung des Tatwillens von S durch pflichtwidriges Nichteinschreiten faktisch

---

1) vgl. auch die wertbezogene Argumentation Herzbergs (Unterlassung, S. 260) und Gallas' (JZ 1960, 687)
2) s. oben S. 204 und 219

unterstützt hat - denn bei seinem rechtmäßigen Verhalten wäre die Tat des S ja nicht zur Vollendung gelangt.

Daß ein mittelbarer Garant neben einem das Geschehen durch sein positives Tun beherrschenden Handelnden nur die Rolle eines Teilnehmers einnimmt, ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der Handelnde die Handlungsherrschaft besitzt. Auch wenn der Handelnde die Willensherrschaft oder die funktionale Tatherrschaft innehat, kann die Unterlassungsherrschaft dem mittelbaren Garanten nur die Rolle eines Gehilfen geben. Dies ergibt sich aus den gleichen Gründen, die oben bei der Handlungsherrschaft angeführt werden; da die Fallgestaltung dort einfacher ist, wurde sie als Ausgangspunkt dieser Darstellung gewählt. Sie läßt sich beliebig mit Beispielen für die anderen Herrschaftsformen des Handelnden erweitern:

> S fordert seinen unwissenden Spielkameraden C auf, den am Auto des Lehrers etwas herunterhängenden Bremsschlauch abzuschneiden. C tut dies in der Annahme, eine gute Tat zu vollbringen. A schaut dem Geschehen untätig zu.

S lenkt mittels des Werkzeuges C das Tatgeschehen nach seinem Willen; er ist also unmittelbarer Täter kraft Willensherrschaft (1). Auch hier fällt dem A nur die Rolle einer Randfigur zu, weil er durch seine Entscheidungsgewalt das Geschehen zwar latent beherrscht, er aber zwangsläufig seinen Tatwillen dem des handelnden S unterordnet.

---

(1) vgl. Roxin, [illegible], S. [illegible]

> Die Klassenkameraden S und T wollen sich an ihrem Lehrer B rächen. Da S sich nicht in den technischen Anlagen eines Autos auskennt, kriechen beide unter den Wagen und S durchschneidet den von T ausgemachten Bremsschlauch. A beobachtet dieses Tun und schreitet nicht ein.

Hier sind S und T aufgrund ihrer funktionellen Tatherrschaft Mittäter (1). A bleibt wiederum aufgrund seiner Unterlassungsherrschaft nur Randfigur, weil er die Tatgestaltung dem steuernden Eingreifen der handelnden S und T überläßt.

Beide Fälle weisen auf eine Voraussetzung hin, von der die Gehilfenschaft des mittelbaren Garanten abhängt: Er darf nicht in die Herrschaftsbeziehung des Handelnden eingeschlossen, also nicht dessen Werkzeug sein (2). Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht der Unterlassende also außerhalb der Herrschaftsbziehung des Handelnden zum Tatgeschehen, so ist er stets nur als Gehilfe für die von dem Handelnden herbeigeführte Straftat verantwortlich (3).

Da der mittelbare Garant also ohnehin neben dem tatbeherrschenden Handelnden nur Gehilfe sein kann, kommt hier der weiteren, alle Arten der Unterlassungsbeteiligung durchziehenden Form der Beihilfe - nämlich der Unterlassungsteilnahme

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 282 ff
2) Ein solcher Fall wurde oben auf S. 82 bei der Untersuchung der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen erörtert.
3) Da der Unterlassende keine funktionelle Tatherrschaft innehaben kann, wird er auch nie als Mittäter in die Herrschaftsbeziehung des Handelnden zum Tatgeschehen einbezogen; vgl. unten S. 330 ff

wegen fehlenden Unterlassungstatbestandes - keine selbständige Bedeutung mehr zu.

> Der Nachtwächter A betätigt nicht die Alarmanlage, als der Einbrecher B durch ein Fenster des Werkes Büromaschinen in sein Auto trägt.

Der Nachtwächter A ist als Garant für das schadenbringende Tatgeschehen verantwortlich, da er kraft seines Anstellungsvertrages verpflichtet ist, die nachts dem Werk drohenden Gefahren wie Feuer und Einbruch abzuwenden (1). Weil der Einbrecher B die Handlungsherrschaft und A nur die Unterlassungsherrschaft besitzt, ist dieser schon aus jenem Grunde nur Gehilfe an der Straftat des B. Weil A außerdem nicht alle Tatmerkmale des Eigentumsentzug-Deliktes des § 246 und damit nicht das gesamte Unrecht eines normierten Straftatbestandes erfüllt hat (2), ist er auch aus diesem Grunde nur als Gehilfe zu bestrafen.

---

1) Es handelt sich hierbei zwar um eine unmittelbar auf das gefährdete Rechtsgut bezogene Garantenpflicht; da dem Nachtwächter aber über das zu bewachende Eigentum keine treuhänderische Verfügungsmacht zum Zwecke des Schutzes eingeräumt worden ist, gilt hier ebenfalls das Tatherrschaftsprinzip und nicht das Pflichtprinzip. Anders Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 108, der die treuhänderische Pflichtbeziehung zwischen Garant und Rechtsgut für die mittelbare Garantenstellung nicht verlangt und deshalb übersieht, daß Inhalt der Garantenpflicht die Abwehr der nächtlichen Gefahr ist. Wie hier wohl auch Herzberg, Unterlassung, S. 356
Vgl. zur Abgrenzung der beiden Täterbegriffe unten S. 353 f, 356 ff

2) Er hat die entwendeten Sachen nicht "sich zugeeignet", vgl. oben S. 308 f

Zwei Umstände führen hier demnach zu dem Ergebnis, daß der Garant nur als Teilnehmer bestraft werden darf; da in dieser Konstellation immer schon der Umstand der schwächeren Herrschaftsbeziehung des Unterlassenden zur Begründung der Teilnehmerhaftung ausreicht, braucht der zweite Grund gar nicht herangezogen zu werden.

(d) Mittäterschaft

Anders als bei der Beteiligung von ausschließlich Unterlassenden an einem Tatgeschehen ist beim Zusammentreffen von Unterlassenden und Handelnden eine Vielzahl von Fällen denkbar, bei denen die Mittäterschaft des Unterlassenden bedeutsam werden könnte. Deshalb sollen nun die obigen Ausführungen zur Mittäterschaft durch Unterlassen (1) mit einem Beispiel veranschaulicht werden.

> Die Bademeister A und B kommen überein, den ihnen verhaßten Badegast C zu töten. Dies soll dadurch geschehen, daß B den Nichtschwimmer C in das Schwimmbecken stößt und A und B den ertrinkenden C nicht retten. So geschieht es und C ertrinkt.

B hat den C durch positives Tun getötet und ist aufgrund seiner Handlungsherrschaft als Täter verantwortlich.
A hat an der Tötung aktiv teilgenommen, indem

---

1) oben S. 312 ff; in Anlehnung an den Bademeister-Fall oben auf S.299 und 319

er sich mit B über das gemeinsame Vorgehen geeinigt hat; dies kann ihm aber die funktionelle Tatherrschaft nicht verschafft haben, weil die Mitwirkung im Vorbereitungsstadium hierfür grundsätzlich nicht ausreicht (1). Das positive Tun kann deshalb für B nur die Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe begründet haben.
Durch das Unterlassen hat A lediglich die Unterlassungsherrschaft und damit ebenfalls nur die Stellung eines Gehilfen erlangt, weil sein Beitrag durch die Handlungsherrschaft des B zurückgedrängt wurde (2).
Diese Teilnahmestrafe könnte zur Täterschaft aufgewertet werden, wenn A als Mittäter zu behandeln wäre. Das hierfür grundlegende Merkmal könnte in einer gleichrangigen Mitherrschaft des A neben B liegen und zwar in der Weise, daß A eine über die bloße Unterlassungsherrschaft hinausgehende Herrschaftsbeziehung zum Tatgeschehen erhalten hat.
Als Anknüpfungspunkt kommt zunächst das gemeinsame Abstimmen des Verhaltens in Betracht, denn allein darin unterscheidet sich der obige Fall von einer "normalen" Unterlassungsbeteiligung an einer Straftat. Die Tat des B wurde dadurch jedoch nur erleichtert, indem er das Unterlassen des A von vornherein einplanen konnte. Eine gesteigerte Herrschaftsbeziehung des A zum Tatgeschehen entstand nicht: B führte die Tat allein nach seinem Willen aus und brauchte auf den Tatwillen des A keine

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 294 f;
vgl. oben S. 284 f
2) siehe oben S. 325 ff

Rücksicht zu nehmen, denn dessen Tatbeitrag bestand lediglich darin, daß er den B gewähren ließ.
Auch die Möglichkeit des A, durch pflichtgemäßes Tun die Straftat des B zu vereiteln, kann kein Anknüpfungspunkt für eine besondere Herrschaftsbeziehung zum ablaufenden Geschehen sein, denn sie ist als "Erfolgsabwendungsmöglichkeit" ein notwendiges Merkmal jedes Unterlassungstatbestandes, und ihre Differenzierung führte zu einer Bewertung der potentiellen und nicht der tatsächlichen Tatherrschaft (1).
Somit kann weder die funktionelle noch eine anders geartete Mitherrschaft die mittäterschaftliche Verantwortlichkeit des unterlassenden A für das Tatgeschehen zur Folge haben.

Die gemeinsame Pflicht von A und B, den Badegast C vor den Gefahren des Freibades zu schützen, vermag schon deshalb keine Mittäterschaft zu begründen, weil hierdurch die Beteiligung des A nicht aufgewertet werden kann: Es ist kein Zurechnungsgrund vorhanden, wonach dem unterlassenden A mehr als das von ihm selbst erfüllte Beihilfeunrecht zur Last gelegt werden könnte.
Durch das objektive Merkmal der gemeinsamen Pflicht kann dies nicht geschehen, denn der Pflichtige hat zumeist keinen Einfluß auf die Auswahl und die Person des Mitpflichtigen und kann somit nicht für das Verhalten des anderen

---

1) vgl. oben S. 166 f

verantwortlich gemacht werden. Zudem bezieht sich die "gemeinsame Pflicht" nur auf das gesollte Verhalten, ohne auf das tatsächliche Verhalten Bezug zu nehmen. Schließlich würde man zu dem eigenartigen Ergebnis gelangen, daß die Mittäterschaft des Unterlassenden durch ein Merkmal begründet würde (1), das dem hier geltenden Tatherrschaftsprinzip völlig fremd ist; dies hätte zur Folge, daß beim Zusammentreffen von Unterlassenden und Handelnden die Beteiligten aus ganz verschiedenen Gründen als Mittäter zu behandeln wären.

Aus alledem ergibt sich, daß im Geltungsbereich des Tatherrschaftsprinzips die Mittäterschaft des Unterlassenden undenkbar ist.

(e) Mittelbare Täterschaft

Es fällt nicht leicht, die mittelbare Täterschaft mit dem Unterlassen in Verbindung zu bringen, da man gemeinhin von der Vorstellung ausgeht, diese Täterschaftsform setze den Einsatz und das Lenken eines Werkzeuges durch positives Tun voraus (2). Das geht darauf zurück, daß man zunächst in der Beteiligungslehre der Begehungsdelikte eine Strafbarkeitslücke entdeckte , die man mit dieser Täterschaftsform ausfüllte: Wurde mit den objektiven

---

1) Zur Mittäterschaft im Bereich des Pflichttäterbegriffs vgl. unten S. 382 ff
2) vgl. dazu oben S. 91 ff

Abgrenzungsmerkmalen derjenige zum Täter bestimmt, der die Straftat eigenhändig oder im Zusammenwirken mit einem anderen Beteiligten begangen hat, so erkannte man bald, daß auch der Hintermann, der die Straftat "mittels" einer dritten, nicht verantwortlichen Person ausführen ließ, ohne dabei selbst den Tatbestand zu verwirklichen, die Strafe des Täters verdient. Eine solche, mit der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft auszufüllende Strafbarkeitslücke konnte bei den Unterlassungsdelikten solange nicht auftauchen, als die Beteiligungslehre noch nicht hinreichend entwickelt bzw. der Begriff des Unterlassungstäters so weit gefaßt war, daß praktisch jeder Unterlassende als Täter zu bestrafen war. Solange bestand selbstverständlich auch kein Bedürfnis, die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft bei den Unterlassungsdelikten anzuwenden.
Da nun nach der hier vertretenen Ansicht das Unterlassen unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft in der Weise differenziert wird, daß dem Unterlassenden neben einem das Tatgeschehen gezielt lenkenden Handelnden stets nur die Rolle des Gehilfen bleibt, können nunmehr auch Situationen denkbar sein, in denen der Unterlassende entgegen dieser Abgrenzung die Strafe eines Täters verdient:

> A ist Angestellter in einem Kühlhaus. Er schließt eines abends die Kühlkammern ab und übersieht dabei, daß in der einen noch der Kunde B tätig ist. A stellt das erst fest, als er nach dem Verlassen des Kühlhauses das Fahrrad des B vor der Tür

stehen sieht und sich daran erinnert, daß er B noch kurz zuvor in die eine Kammer eingelassen hat. Dies kommt dem A gerade recht, denn er hat den Eigentümer des Kühlhauses wiederholt um eine Alarmanlage in den Kammern gebeten, mit der sich ein Eingeschlossener nach außen bemerkbar machen kann. A weiß, daß B nicht erfrieren wird, weil er durch die Luftschächte der Anlage ins Freie gelangen kann. A weiß aber auch, daß dadurch ein erheblicher Sachschaden entstehen wird. Da er meint, den E durch diesen Vorfall zur Installation einer Alarmanlage bewegen zu können, unterläßt es A, den B aus dem Kühlraum zu befreien. So wie A es sich vorgestellt hat, geschieht es: B befreit sich durch die Zerstörung eines erheblichen Teiles der Kühlanlage.

Daß A wegen Freiheitsberaubung und Körperverletzung zu Lasten des B zu bestrafen ist, bedarf keiner Erläuterung. Hier interessiert nur, inwieweit der A für die Sachbeschädigung des B am Eigentum des E verantwortlich ist.

B verursacht, während er aus dem Kühlhaus ausbricht, die Sachbeschädigung vorsätzlich. Nach der bekannten Abgrenzung wäre A neben dem zielgerichtet, wenn auch gerechtfertigt handelnden B nur Gehilfe; denn er unterläßt es entegegen seiner mittelbaren Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun, die von ihm zu verantwortende Gefahr für das Eigentum des E abzuwenden.

Das widerspricht jedoch jeder unbefangenen Bewertung des Geschehens: Dem B ist, weil er sich in einer Zwangslage befindet (§ 52), kein Vorwurf zu machen; A hat demgegenüber alle Fäden in der Hand, weil er ja auch die Zwangslage des B beherrscht: A steht also im Zentrum des Tatgeschehens und verdient die Bestrafung als Täter.

A ist Sprengmeister in einem Steinbruch. Er hat gerade zwei Sprengungen für die Abschnitte I und II vorbereitet und die Leitungen hierfür zur Schutzhütte verlegt, von der aus die Sprengung ausgelöst werden soll. Als er nach einem Kontrollgang zur Hütte zurückkommt, sieht er durchs Fenster, wie der Arbeitskollege B die Zündleitung für den Abschnitt I an die Auslöseeinrichtung anschließt. A weiß, daß im Abschnitt I der rüpelhafte C und im Abschnitt II der D, mit dem B gerade einen bitterernsten Streit hat, zur Vorbereitung der Sprengung tätig sind. A erkennt, daß B die Leitungen verwechselt hat und deshalb nicht den D töten wird, was er offensichtlich beabsichtigt, sondern den C. Da A dem B eine Lektion erteilen will und er es durchaus richtig findet, daß der C beseitigt wird, schreitet er nicht ein. B löst die Sprengung im Abschnitt I aus und tötet den C.

B ist wegen versuchter Tötung des D und wegen fahrlässiger Tötung des C zu bestrafen (1), denn er hat sich über den Kausalverlauf geirrt.

A ist als mittelbarer Garant - er ist verpflichtet, die Gefahren solcher Sprengsätze von Dritten abzuwenden - für den Tod des C verantwortlich, weil er es pflichtwidrig unterlassen hat, den B von seinem gefährlichen Tun abzuhalten. Wenn

---

1) Zur Rechtsfigur der aberratio ictus vgl. Schönke-Schröder, § 59 RN 25 und die dort Genannten.

B auch den Kausalverlauf nicht richtig eingeschätzt und deshalb das Geschehen zum "falschen" Ziel lenkt, so reicht sein Handeln im Regelfall doch aus, den A auf die Rolle des Gehilfen abzudrängen. Dennoch erscheint der A als der eigentliche Täter, weil er das Geschehen überblickt und seinen Tatwillen zur Ausführung gelangen läßt.

In beiden Beispielen reichen die bisher dargelegten Abgrenzungsmerkmale nicht aus, die Unterlassenden zweifelsfrei als Täter zu kennzeichnen, obwohl hier offensichtliche Fälle der Unterlassungstäterschaft vorliegen. Es besteht hier eine Lücke, die mit einer noch nicht besprochenen Form der Täterschaft ausgefüllt werden muß.
Befreit man das übliche Bild der mittelbaren Täterschaft von den verhaltenstypischen Elementen der Begehungsdelikte, so wird deutlich, daß diese Rechtsfigur die aufgezeigte Lücke schließen kann: Wenn ein Tatbeteiligter, der nicht alle Merkmale des Straftatbestandes in seiner Person erfüllt hat und deshalb - aufgrund seines eigenen Verhaltens - nicht als Täter bestraft werden könnte, das Verhalten der übrigen derart beherrscht, daß es ihm als dem Hauptverantwortlichen zugerechnet werden muß, so wird bei der Beurteilung seiner Strafbarkeit auch das Verhalten der anderen, von ihm beherrschten Beteiligten zu seinen Lasten herangezogen (1).
In beiden Beispielen nimmt der unterlassende A dieselbe Stellung im Tatgeschehen ein, weil er

---

1) vgl. Welzel, Lehrbuch, § 15 II;
Baumann, Lehrbuch, S. 555

durch sein pflichtwidriges Unterlassen die Willensbildung des B bzw. aufgrund seiner besseren Übersicht die Gestaltung der Tat beherrscht, so daß dem A in beiden Fällen unter demselben Gesichtspunkt das Verhalten des B zugerechnet werden muß.
Untersucht man schließlich noch die Herrschaftsmittel des A, so dürfte der letzte Zweifel darüber, daß es sich hierbei um Fälle der mittelbaren Unterlassungstäterschaft handelt, beseitigt sein, denn sie entsprechen genau denen der mittelbaren Begehungstäterschaft: Im Kühlhaus-Fall beherrscht A den Kunden B kraft einer Zwangssituation, zu deren Beseitigung der A als mittelbarer Garant verpflichtet ist; mit dieser Zwangslage beherrscht A die Tatentscheidungen so, daß B gleichsam willenlos den von A vorausberechneten und gewünschten Tatverlauf ausführt. B handelt damit als Werkzeug des mittelbaren Täters A.
Im Steinbruch-Fall ist es die weiterreichende Kenntnis der Tatumstände, die dem A die Herrschaft über das Geschehen verleiht. B führt wegen seines Irrtums nicht die eigene Tat, sondern - als blindes Werkzeug - den Tatwillen des A aus, so daß die auf dem pflichtwidrigen Unterlassen gegründete Verantwortlichkeit des A unmittelbar auch auf das von B verwirklichte Geschehen ausgedehnt wird.

Dieselben Mittel, nämlich die von dem Hintermann zu verantwortende Zwangslage und der von ihm erkannte und für seinen Tatplan benutzte Irrtum des Werkzeuges verleihen dem Handelnden die Willensherrschaft und begründen damit die wichtigsten Fälle der mittelbaren Begehungstäterschaft. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum nicht auch die drei weiteren Formen der Willensherrschaft kraft Irrtums (1) und die Willensherrschaft kraft eines organisatorischen Machtapparates (2) durch Unterlassen verwirklicht werden sollen.

> Der aus einem osteuropäischen Land zugewanderte deutsche Arzt B will sich in der Bundesrepublik niederlassen. Die Standesrichtlinien des betreffenden Bundeslandes verlangen, daß er vor seiner Zulassung unter der Aufsicht und Verantwortung eines hiesigen Arztes eine gewisse Zeit tätig gewesen sein muß. Deshalb übt B für den Arzt A in dessen Anwesenheit für die vorgeschriebene Zeit die Praxis aus.
> In der Sprechstunde erscheint eines Tages die schwangere Schülerin S und bittet B, bei ihr eine Schwangerschaftsunterbrechung vorzunehmen. B nimmt die gewünschte Abtreibung anstandslos vor, weil er sie in seiner Ausbildung und Tätigkeit als zulässiges Mittel der Geburtenregelung gerade bei jungen Mädchen schätzen gelernt hat. - A verhindert das nicht, weil er die ihm bekannte Einstellung des B für richtig hält.

S ist gem. § 218 Abs. 1 wegen Zulassens der Fremdabtreibung durch positives Tun zu bestrafen.

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 170 ff, 231 f; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 214 f, 216, 218 f
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 242 ff; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 220

B bleibt trotz vorsätzlicher Vornahme der Fremdabtreibung straflos, weil er wegen der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums schuldlos gehandelt hat. Er konnte nämlich aufgrund seiner Verwurzelung in der fremden Rechtsauffassung, die unter Umständen auch vertretbar sein mag, gar nicht auf den Gedanken kommen, daß sein Tun in der Bundesrepublik im Gegensatz zu dem Land, in dem er bisher tätig war, unter Strafe gestellt ist - zumal man ihm gerade für einen solchen Fall abweichender Bestimmungen den aufsichtsführenden Arzt A zur Seite gestellt hatte.
A ist kraft seines Auftrages verpflichtet, die ärztlichen Tätigkeiten des B während des bestimmten Zeitraumes zu überwachen und bei rechtswidrigem Verhalten korrigierend einzuschreiten. Dieser Garantenpflicht hat er keine Folge geleistet und ist deshalb für das ablaufende Geschehen als Unterlassender verantwortlich. Da B das Geschehen bewußt auf den Erfolg hingelenkt hat, reicht die Unterlassungsherrschaft des B wegen der entfernteren Herrschaftsbeziehung zum Tatverlauf gewöhnlich nur zur Gehilfenrolle.
B hat jedoch den sozialen Unwert seines Tuns nicht erkannt und damit im Hinblick auf die Verletzung der gesellschaftlichen Wertordnung ungesteuert gehandelt. Die zutreffende Einsicht besitzt jedoch A, der den Bedeutungsgehalt des vor ihm ablaufenden und von ihm zu verantwortenden Tatverlaufes erkennt. Trotz der entfernteren Beziehung zum Tatgeschehen aufgrund seines Tatbeitrages gewinnt er durch die weiterreichende Kenntnis über die rechtliche Relevanz der Abtreibung das entscheidende Übergewicht gegenüber B, das ihn zur Zentralfigur des Tatablaufes und damit zum Täter werden läßt (1).

Das gleiche gilt auch dann, wenn der Handelnde nicht die Vorwerfbarkeitselemente seines Tuns erkennt, der verantwortliche Unterlassende aber auch insoweit die Tat durchschaut:

---

1) Zu dieser Form der Willensherrschaft: "tatbeherrschendes Übergewicht in der zweiten Stufe durch Kenntnis der Rechtswidrigkeit" vgl. ausführlich Roxin, Täterschaft, S. 199 ff

Der Offizier A ist mit dem ihm untergebenen Soldaten B in Gefangenschaft geraten. Da sie am folgenden Tage als angebliche Spione erschossen werden sollen, hat A angeordnet, daß B in der Nacht aus dem Lager ausbricht, den Wachtposten C vor der Einzelzelle des A tötet und zusammen mit A flieht.
Obwohl A erfährt, daß inzwischen Frieden geschlossen wurde und keine Exekution mehr durchgeführt wird, läßt er dem B keine entsprechende Nachricht zukommen, sondern wartet still in seiner Zelle, bis B den Wachtposten C getötet und den A befreit hat, um mit ihm zu fliehen.

B hat den Wachtposten C im Besitz der Handlungsherrschaft eigenhändig getötet und war sich dabei des Unrechts seines Tuns bewußt. Er hielt sein Tun jedoch wegen des - in Wahrheit nicht mehr vorhandenen - Notstandes für entschuldigt. Aufgrund dieses Irrtums kann er den konkreten Schuldgehalt seines Tuns nicht richtig erfassen.
Dies kann allein der A, der sowohl als der militärische Vorgesetzte des B als auch wegen der vorangegangenen Anordnung für das Verhalten des B verantwortlich ist. A erkennt, daß die Tötung des C nicht mehr entschuldigt ist und läßt somit die Tat in Erfassung ihrer tatsächlichen Vorwerfbarkeit nach seinem Willen ablaufen. Diese weiterreichende Kenntnis erhebt ihn trotz der geringeren tatsächlichen Bedeutung seines Tatbeitrages zur Zentralgestalt des Geschehens, und er verdient daher die Strafe eines Täters (1).

---

1) Zu dieser Form der Willensherrschaft: "tatbeherrschendes Übergewicht in der dritten Stufe durch Kenntnis der Vorwerfbarkeitselemente" vgl. ausführlich Roxin, Täterschaft, S. 209 ff

A dreht in einem Ort einen Werbefilm für den Fremdenverkehr und spricht die hübsche C an, um sie zur Mitwirkung bei den Aufnahmen zu bewegen. Sie wäre zwar gern hierzu bereit, doch will sie zuvor mit ihrem Ehemann B sprechen, der sehr eifersüchtig und unberechenbar ist, wenn er sie mit einem Mann umschlungen auf dem Marktplatz sähe. Da A unter Zeitdruck steht, läßt er sich den B genau beschreiben und verspricht der C, beim Erscheinen des B diesen sofort aufzuklären und Auseinandersetzungen zu verhindern.
Tatsächlich erscheint B während der Aufnahme auf dem Marktplatz und erblickt seine Frau in den Armen eines Mannes, ohne die Situation zu durchschauen. A erkennt den B, und er könnte ihn ansprechen und aufklären. Er unterläßt dies jedoch, als er sieht, daß B wutschnaubend und mit erhobenem Stock auf C zustürzt und sie und ihren vermeintlichen Liebhaber verprügelt; denn A verspricht sich hiervon einen besonders gelungenen Gag in seinem Film.

B hat rechtswidrig und schuldhaft im Besitz der Handlungsherrschaft gehandelt und damit als Täter den Tatbestand des § 223 erfüllt. Dennoch verkennt er den konkreten Sinn des Tatgeschehens und verwirklicht gleichsam in blinder Absicht den Straftatbestand.
Die wirklichen Zusammenhänge erkennt vielmehr A, und er nutzt den Irrtum des B über die Tatumstände zur Verwirklichung der von ihm gewünschten Straftat. Aufgrund seines Versprechens, den B aufzuklären und ihn dadurch von Handgreiflichkeiten abzuhalten, war er zum Eingreifen verpflichtet und ist somit für das durch sein Unterlassen ermöglichte Tatgeschehen als Garant verantwortlich.

Trotz seines an sich entfernteren Tatbeitrages erscheint A als Zentralgestalt des Geschehens, weil er den konkreten Handlungssinn begriff und durch das Unterlassen der gebotenen Handlung das Geschehen nach diesem seinen Willen ablaufen ließ (1).

Auch die Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate ist nicht von einer bestimmten Verhaltensart abhängig und folglich auch bei einer Verantwortlichkeit aus garantenpflichtwidrigem Unterlassen denkbar. Durch seine Verfügungsmacht über den ihm bedingungslos ergebenen, rechtsgelösten Apparat (2) erhält nämlich der Befehlsträger die Herrschaftsstellung über die von ihm zu verantwortenden Tätigkeiten der ihm unterstellten Personen, wobei es gleichgültig ist, ob seine Verantwortlichkeit für ein konkretes Geschehen auf einer Handlung oder einer Unterlassung beruht.
Da bei der Bewertung des komplexen Verhaltens eines solchen Befehlsträgers in aller Regel schon durch das positive Tun eine täterschaftliche Beteiligung an den Untaten der ihm unterstellten Personen entnommen werden kann (3), tritt das pflichtwidrige Unterlassen meist völlig dahinter zurück.
Nur wenn es um Einzelfälle pflichtwidrigen Unterlassens geht oder wenn der Nachweis positiver, auf das Unrecht gerichteter Handlungen nicht möglich ist, gewinnt das Unterlassen auch im Rahmen dieser Herrschaftsform an Bedeutung.

> A, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist in einem totalitären Staat in das "Sonderkorps" eingetreten und hat dort schließlich die oberste Befehlsgewalt erlangt. Dieses Sonderkorps hat die Aufgabe, staatsfeindliche Bürger aufzuspüren und zu töten; es steht deshalb vollkommen außerhalb der Gesetze und unterliegt dem absoluten Gehorsam.

---

1) Zu dieser Form der Willensherrschaft: "tatbeherrschendes Übergewicht in der dritten Stufe durch Kenntnis des konkreten Handlungssinnes" vgl. ausführlich Roxin, Täterschaft, S. 212 ff, 217 f
2) dazu vgl. Roxin, Täterschaft, S. 249; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 220
3) Über die Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate vgl. die ausführliche Darlegung von Roxin, Täterschaft, S. 244 ff

> Nach einem Zeitabschnitt, in dem nachweislich viele Tötungen geschehen sind, flieht A in die Bundesrepublik und wird dort angeklagt. Darüber, was A als Befehlshaber des Sonderkorps getan hat, ist nichts bekannt. Es existiert nur ein Photo, auf dem A als Befehlshaber einer bekanntermaßen rechtswilligen Exekution beiwohnt.

Wegen fehlender Anhaltspunkte muß es schwerfallen, dem A eine Beteiligung durch positives Tun an den Tötungen nachzuweisen, die die ihm unterstellten Mitglieder des Sonderkorps begangen haben; denn die Übernahme der Befehlsgewalt ist für sich gesehen noch keine Tötungshandlung im Sinne des § 212.
Durch die Übernahme der Befehlsgewalt und die Befehlsgewalt selbst trug A jedoch die Verantwortung für die Tätigkeiten der Korpsangehörigen, weil diese ihr Tun bedingungslos seinem Willen unterwarfen. Aus dieser Verantwortlichkeit erwuchs die Pflicht, den ihm Unterstellten gesetzestreues Verhalten zu befehlen und sie entsprechend zu beaufsichtigen. Dies hat A - wie das Bild zeigt - zumindest anläßlich einer Exekution unterlassen, so daß er wegen Beteiligung an der Tötung durch pflichtwidriges Unterlassen bestraft werden muß.
Obwohl A aufgrund der Vielzahl von Befehlsstufen sehr weit von der eigentlichen Tötung entfernt ist, muß er als Täter angesehen werden, weil ihm das Sonderkorps wie ein mechanischer, willenloser Apparat zur Verfügung steht, der seinen Willen automatisch erfüllt. Bei einer solchen Degradierung von Menschen zu einem willenlosen Machtapparat, der die Vorstellungen des Befehlsträgers unmittelbar verwirklicht, darf dessen Verantwortlichkeit nicht anders bewertet werden, als wenn er über eine Maschine herrscht: Entscheidend ist nur die freie Verfügungsmacht über die Untergebenen aufgrund einer Befehlsmacht, welche diese zu "Werkzeugen" werden läßt; auf diese Weise wird der Befehlsträger zur Zentralfigur des Geschehens und damit zum Täter (1).

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 246; auch Schönke-Schröder, Vorbem. § 47 RN 22, Stratenwerth, Lehrbuch, S. 220

Die vorstehenden Fallkonstellationen haben ein großes Maß an Übereinstimmung mit den Fällen der mittelbaren Begehungstäterschaft gezeigt: Die Übereinstimmung besteht sowohl im Bedürfnis nach einer Aufwertung der Verantwortlichkeit des Unterlassenden zur Täterschaft, die auf andere Art nicht erreicht werden kann, als auch in den Merkmalen und der Struktur dieser Fallgruppen. Trotz der fehlenden "Lenkung" des Werkzeuges läßt diese Kongruenz es berechtigt erscheinen, den Begriff der mittelbaren Täterschaft auf die genannten Fälle des Unterlassens auszudehnen.
Es bleibt demnach festzuhalten, daß ein für die Gefahrenursache verantwortlicher Garant, der den von einem Handelnden hervorgerufenen Tatverlauf pflichtwidrig nicht aufhält, als mittelbarer Täter zu bestrafen ist, wenn er das Geschehen kraft einer von ihm zu verantwortenden Zwangslage, kraft eines tatentscheidenden Irrtums auf seiten des Handelnden oder kraft eines organisatorischen Machtapparates beherrscht; unter diesen Umständen sind dem Unterlassenden die von dem Handelnden verwirklichten Tatmerkmale als von ihm zu verantwortende zuzurechnen. Diese Zurechnung kann jedoch nicht unbeschränkt gelten, sondern wird durch die Eigenart des tatbestandlichen Unrechts einzelner Straftatbestände beschränkt.

Die vorstehenden Beispiele bezogen sich allein auf die reinen Rechtsgutstatbestände (1), die nur das Unrecht der Rechtsgutsbeeinträchtigung enthalten und bei denen es allein um die Frage der Zurechnung dieses Taterfolges geht. Die größte Zahl der Rechtsgutstatbestände ist demgegenüber mit zusätzlichen Unrechtsmerkmalen versehen, durch welche das tatbestandliche Unrecht typisiert ist (2).
Diese typisierten Rechtsgutstatbestände sind teilweise nur durch ein bestimmtes Verhalten zu erfüllen, so daß hier die Verwirklichung des konkreten Straftatbestandes durch Unterlassen ausgeschlossen sein kann (z. B. in § 146 das "Nachmachen von Geld"). Dennoch bedeutet das nicht, daß solche Straftatbestände überhaupt nicht durch einen Unterlassenden täterschaftlich zu verwirklichen sind. Aufgrund der besprochenen Arten der Willensherrschaft wird nämlich dem Unterlassenden das durch sein Werkzeug verwirklichte Unrecht täterschaftsbegründend zugerechnet, wobei es grundsätzlich ohne Bedeutung ist, ob es sich hierbei um reines Erfolgs- oder um ein verhaltensgebundenes Unrecht handelt. Nur wenn das zusätzliche Unrechtsmerkmal personalen Charakter besitzt, also an die Person des Ausführenden unmittelbar gebunden und einem Dritten nicht übertragbar ist, kann dieses Unrecht auch einem Garanten, der im Besitz der Willenherrschaft die gebotene Handlung zur Erfolgsabwendung unterläßt, nicht zugerechnet werden (3).

---

1) vgl. zu diesem Deliktstyp oben S. 28 ff
2) zum Begriff des typisierten Rechtsgutsdelikts vgl. oben S. 44 ff
3) vgl. Stratenwerth, Lehrbuch, S. 223 f; Herzberg, Unterlassung, S. 60 ff; zu einem Teilbereich auch Roxin, Täterschaft, S. 393 ff

Diese im einzelnen sehr interessante und zu näherer Untersuchung auffordernde Materie kann hier im Rahmen der Täterlehre nur aufgezeigt und soll deshalb nur an dem folgenden Beispiel erläutert werden:

> A greift nicht ein, als seine minderjährige Tochter T Bücher, die ihr von ihrer geschäftsunfähigen Freundin F geschenkt wurden, an ein anderes Mädchen weiterschenkt. A weiß, daß T sich irrtümlich für die Eigentümerin hält und daß die Eltern der F mit der Schenkung ihrer Tochter durchaus nicht einverstanden sind.

Die Prüfung des § 246 bezüglich des Verhaltens der T ergibt, daß sie die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt hat, ihr jedoch die Fremdheit der Bücher und damit auch die Rechtswidrigkeit ihres zueignenden Verhaltens nicht bewußt waren; damit kann sie nicht nach § 246 bestraft werden.

Als Elternteil der T mußte A verhindern, daß seine Tochter fremdes Eigentum verletzte. Da er zudem eine umfassendere Tatkenntnis besaß als die unmittelbar handelnde T, erscheint A kraft der darauf gegründeten Willensherrschaft als mittelbarer Täter.

Das durch sein Nichteingreifen verursachte und ihm zuzurechnende Unrecht besteht einmal in der Eigentumsverletzung. Außerdem verlangt § 246, daß dieser Erfolg durch die Zueignung der im Besitz oder Gewahrsam des Delinquenten befindlichen Sache erzielt wurde; es ist also zu prüfen, ob die typisierten Unrechtsmerkmale auch dem A zuzurechnen sind.

Die tatbestandliche Voraussetzung, daß der Delinquent die fremde Sache in seinem Besitz hat, bezeichnet lediglich eine besondere Eigenschaft des Tatobjekts und dient vornehmlich der Abgrenzung des § 246 zum Diebstahl (1). Da der mittelbare Täter die besondere Tatsituation zur Verwirklichung seines Tatwillens benutzt und das Besitzverhältnis eine objektive, durch jedermann zu erfüllende Beziehung beinhaltet, steht der Zurechnung dieses Unrechtsmerkmals zum mittelbaren Täter nichts entgegen.
Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Tathandlung "Zueignen" nicht verhaltensgebunden (2), weil hiermit ohne nähere Kennzeichnung der Vorgang beschrieben ist, der zur Erlangung der Eigentümerstellung führt. Das Gesetz verlangt darüberhinaus, daß der Delinquent die fremde Sache "sich zueignet". Mit dieser Formulierung macht der Gesetzgeber deutlich, daß nur der reflexive Zueignungsvorgang das gesamte Tatunrecht des § 246 ausmacht (3). Da A niemals die Stellung des Eigentümers bezüglich der Bücher erlangt hat, kann er auch bei Beherrschung des Tatvorgangs dieses besondere Tatunrecht nicht verwirklicht haben. Da der Täter des § 246 dieses Tatbild aber nach dem Gesetzesinhalt erfüllt haben muß und eine Fremdzueignung nicht ausreicht, scheidet eine Täterschaft des A hier aus. Weder T noch A sind also aus § 246 zu bestrafen.

Hiermit sollte die Grenze der mittelbaren Täterschaft des Unterlassenden aufgezeigt werden: Hat der unterlassende Garant einen Teil des tatbestandlichen Unrechts nicht persönlich erfüllt, obwohl dies der Straftatbestand verlangt, so kann ihm trotz der Beherrschung des Tatgeschehens dieses Unrecht nicht zugerechnet werden und die mittelbare Täterschaft muß insoweit ausscheiden.

---

1) so die h.M., vgl. Schönke-Schröder § 246 RN 1 und 8
2) anders Herzberg, Unterlassung, S. 143, vgl. oben S.3o8f
3) vgl. oben S. 314 Anm. 1

b. Das Tätermerkmal der Sonderpflichtverletzung

Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz erschöpft sich nicht nur darin, daß rechtsgutsbeeinträchtigende Tätigkeiten verboten und die Verantwortlichen für gefährliche Kausalverläufe zur Abwendung der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung verpflichtet sind. Außerdem - und dies läßt sich aus einer Reihe einer Straftatbeständen ablesen - sind Personen unmittelbar für den Bestand bestimmter Rechtsgüter eingesetzt und haben diese vor fremden Gefahren zu schützen, ohne daß sie für die Gefahrenursache verantwortlich sein müssen: Wem ein Gefangener übergeben wird, dem wird gemäß § 121 bzw. § 347 die Verantwortlichkeit für die Aufrechterhaltung des staatlichen Gewahrsams übertragen; gemäß § 221 hat die Pflegeperson für den ihr anvertrauten Schützling zu sorgen, damit ihm in seiner hilflosen Lage keine Gefahren für Leib oder Leben entstehen; der Vermögensverwalter hat gemäß § 266 das ihm anvertraute Gut so zu betreuen, daß es nicht geschädigt wird; die in den §§ 3oo und 353 b genannten Geheimnisträger müssen das geschützte Wissen so hüten, daß es Dritten nicht durch sie zur Kenntnis gelangt (1); der Beamte ist als Teil des Staatsapparates für dessen Integrität und Sachlichkeit verantwortlich und muß sich deshalb so verhalten, daß das Vertrauen auf diese Eigenschaften des Staates nicht beeinträchtigt wird (§§ 331 ff).
Solche Schutzpflichten lassen sich zudem aus Vorschriften außerhalb des Strafrechts ablesen: Zum Beispiel aus den §§ 1601, 1631 BGB die Pflicht der

---

1) vgl. Schönke-Schröder, § 3oo RN 7

Eltern, für das Wohl ihres Kindes zu sorgen (1); aus den Standesrichtlinien der Ärzte verbunden mit dem Aufnahmevertrag die Pflicht des Krankenhausarztes, Gesundheit und Leben des Krankenhauspatienten vor jeder Gefahr zu bewahren.
Schließlich folgt auch eine Anzahl solcher Schutzpflichten aus vertraglichen oder tatsächlichen Rechtsbeziehungen, aufgrund derer Rechtsgüter einer Person anvertraut werden, z.B. muß das Personal in einer Heil- und Pflegeanstalt die ihnen anvertrauten Patienten behüten und vor allen Gefahren schützen, auch wenn der Aufnahmeakt nicht rechtswirksam ist.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß zwischen dem Rechtsgut und dem Verantwortlichen eine besondere Pflichtbeziehung besteht, die weder mit der den Strafrechtsnormen innewohnenden Pflicht zu rechtstreuem Verhalten noch mit der Handlungspflicht des Unterlassenden identisch ist. Sie ist gar nicht primär strafrechtlicher Natur, sondern beruht auf zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen, die dem Verantwortlichen das Rechtsgut in der Regel wie einen Treuhänder anvertrauen und ihm zu dessen Schutz eine entsprechend selbständige Stellung einräumen (2).
Die Bedeutung dieser Pflichten für das Strafrecht besteht auch nicht darin, daß sie als der entscheidende Strafgrund in die Straftatbestände einfließen; die Beeinträchtigung der jeweiligen Rechtsgüter bleibt vielmehr Strafgrund der jeweiligen Norm.
Die genannten Pflichten geben nur den Grund der Verantwortlichkeit des Pflichtenträgers für die

---

1) vgl. auch § 170 b StGB
2) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 354

Schädigung des Rechtgutes ab, indem sie bestimmen, daß der Pflichtenträger unmittelbar für den Bestand des Rechtsgutes haftet, ohne dabei auch für die Gefahrenursache einstehen zu müssen (1).

Der grundlegende Unterschied zwischen diesem und dem vorherbesprochenen Verantwortungsprinzip läßt sich kurz dahingehend kennzeichnen, daß der Delinquent dort für die das Rechtsgut bedrohende Gefahr einstehen muß, während er hier aufgrund seiner Schutzpflicht gegenüber dem Rechtsgut in jedem Fall für dessen - von ihm abwendbare - Beeinträchtigung haftet, wobei seine Beteiligung bei der Entstehung der Gefahr oder deren Ursprung unwichtig sind.

(I) Das Pflichtprinzip bei Unterlassungsdelikten

Für die Begehungsdelikte steht bereits fest, daß diese Differenz in der Begründung der strafrechtlichen Haftung für die Bestimmung der Beteiligungsart des Delinquenten an der Straftat ausschlaggebend ist: Läßt sich dem Straftatbestand entnehmen, daß der Handelnde für die Beeinträchtigung des Rechtsgutes nicht deshalb zu bestrafen ist, weil er den

---

1) Da der Träger der Pflicht zu dem geschützten Rechtsgut in einer besonderen Beziehung steht, bedeutet dessen Verletzung für ihn in der Regel auch ein höheres Unrecht als für einen außerhalb der Pflichtbeziehung Stehenden. Das wird besonders deutlich bei den unechten Pflichtdelikten - insbesondere den Beamtendelikten -, wo sich die besondere Pflicht (bei den Beamten, die im Beamteneid enthaltene Pflicht, die Rechtsordnung etc. zu bewahren) dahingehend auswirkt, daß der Beamte bei der Verletzung der Rechtsgüter ein gegenüber Dritten erhöhtes Unrecht begeht, was sich in dem höheren Strafrahmen niederschlägt.

gefährlichen Kausalverlauf hervorgerufen und gegen das Rechtsgut gelenkt hat, sondern weil er in einer besonderen Pflichtbeziehung zu dem von ihm verwirklichten Unrecht steht, so hängt die Frage, ob er als Täter oder Teilnehmer haftet, nicht von seiner Herrschaft über das Tatgeschehen, sondern allein davon ab, ob er die normierte Pflicht verletzt hat oder nicht (1).

Bei rechtsgutsbezogenen Unterlassungsdelikten ergibt sich der jeweils maßgebende Täterbegriff aus der gleichen Fragestellung: Ist der Unterlassende nach dem von ihm erfüllten Tatbestand für den rechtswidrigen Erfolg verantwortlich, weil er für die Gefahrenquelle und den daraus entstandenen, schadenbringenden Kausalverlauf einstehen muß, so hängt die Täterschaft von seiner Herrschaft über das ihm zuzurechnende Tatgeschehen ab. Wird er dagegen für den rechtswidrigen Erfolg zur Verantwortung gezogen, weil er wegen einer besonderen Pflichtbeziehung zu dem beeinträchtigten Rechtsgut unmittelbar für das tatbestandliche Unrecht haftet, ohne daß der schadenbringende Kausalverlauf hierfür irgendwie bedeutsam ist, so entscheidet allein die Verletzung dieser Pflicht über seine Täterschaft.
Entsprechend dieser Unterteilung wurde im vorstehenden Abschnitt die Auswirkung des Täterbegriffs der Tatherrschaft für Unterlassungsdelikte untersucht. Jene Erörterungen betreffen all jene Unterlassende, die wegen ihrer Verantwortlichkeit für die Beeinträchtigung des Rechtgutes einstehen müssen - sei es aufgrund ihrer Aufsichtspflicht über eine gefahrbringende

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 353

Person oder Sache, sei es aufgrund ihres vorangegangenen gefährlichen Tuns.
Da sich dort weder aus dem normierten Straftatbestand noch aus den zusätzlichen Merkmalen des Unterlassungstatbestandes die oben gekennzeichnete, besondere Pflichtbeziehung zum tatbestandlichen Unrecht entnehmen läßt, sondern es allein um die Zurechnung des rechtsgutsbeeinträchtigenden Geschehens geht, muß die beherrschende Figur dieses Geschehens die Täterstellung innehaben.
Im folgenden soll nun dargelegt werden, wie das Tätermerkmal der Sonderpflichtverletzung, d.h. des Verstoßes gegen eine besondere außerstrafrechtliche Pflicht gegenüber dem betroffenen Rechtsgut, auf die Beteiligung der Unterlassenden an einem tatbestandsmäßigen Geschehen wirkt.

(1) Die Reichweite des Pflichtprinzips bei Unterlassungsdelikten

Da die Unterlassungsdelikte hinsichtlich dieses Tätermerkmales teilweise erheblich von den Begehungspflichtdelikten abweichen, kann hier nicht auf die eingehenden Untersuchungen über diesen Deliktstyp (1) verwiesen werden, um die Unterlassungspflichtdelikte zu kennzeichnen. Vor der eigentlichen Behandlung der Beteiligungsprobleme sind deshalb noch einige allgemeine Bemerkungen erforderlich, soweit für die Unterlassungsdelikte Besonderheiten gelten.

---

1) vgl. bes. Roxin, Täterschaft, S. 352 ff; ferner Mezger, Strafrecht, S. 256 ff; Nagler, Teilnahme an Sonderverbrechen, S. 1 ff; Baumann, Lehrbuch, S. 117; Welzel, Lehrbuch, § 12 III

Bei den Begehungsdelikten ist es relativ einfach festzustellen, ob im konkreten Fall die Beteiligung nach dem Pflichttäterbegriff zu bestimmen ist: Es kann jeweils dem geschriebenen Tatbestand entnommen werden, ob der Täter einer bestimmten Sonderpflicht unterstellt sein muß oder nicht.
Diese normierten Pflichttatbestände gelten natürlich auch für Unterlassungsdelikte, so daß sie nur dann von einem Garanten täterschaftlich erfüllt werden können, wenn dieser zugleich auch Adressat der normierten Pflicht ist: Wenn A es unterläßt, Forderungen von Schuldnern des B einzutreiben und die Forderungen verjähren, so ist er als Täter des § 266 zu bestrafen, wenn ihn zugleich auch die dort beschriebene Treuepflicht gegenüber dem Vermögen des B trifft; sollte er außerhalb einer solchen Pflichtbeziehung stehen, so kann er allenfalls als Teilnehmer an der Untreue eines anderen Täters belangt werden.

Über diese normierten Pflichttatbestände hinaus kann jeder rechtsgutschützende Tatbestand bei einer entsprechenden Garantenpflicht zu einem Unterlassungs-Pflichttatbestand werden: dann nämlich, wenn durch die Garantenpflicht eine besondere Pflichtbeziehung zum tatbestandlichen Unrecht begründet wird, welche die Verantwortlichkeit des Unterlassenden unabhängig von einer Herrschaftsbeziehung in das Zentrum der Tatbewertung rückt. In dieser "Umwandlung" von normierten Herrschaftstatbeständen in Unterlassungs-Pflichtdelikte liegt sowohl der entscheidende, die Zahl der Pflichtdelikte erheblich vergrößernde Unterschied zu den Begehungspflichtdelikten als auch die Ursache für mehrere Sonderprobleme der Unterlassungspflichtdelikte.

Zunächst müssen die Garantenpflichten danach unterteilt werden, ob sie eine besondere Pflichtbeziehung zum Tatunrecht und damit einen Unterlassungs-Pflichttatbestand begründen, oder ob sie den Unterlassenden ohne eine solche Sonderbeziehung für die Rechtsgutsverletzung haften lassen.

Der Grundsatz dieser Abgrenzung läßt sich bereits den vorstehenden Ausführungen entnehmen: Wenn die Garantenpflicht darauf beruht, daß das Rechtsgut dem Garanten wie einem Treuhänder zugeordnet ist und er dadurch der Rechtsordnung gegenüber unmittelbar für dessen Bestand einzustehen hat, so wird durch diese Garantenpflicht ein Unterlassungs-Pflichtdelikt begründet; beruht die Garantenpflicht dagegen darauf, daß der Unterlassende für die Gefahrenquelle einzustehen hat, der Schutz des Rechtsgutes mittelbar aus dieser Verantwortlichkeit für die konkrete Gefahrenursache entsteht, so liegt ein schlichter Verletzungstatbestand vor und das Tätermerkmal ergibt sich aus der Herrschaft über den rechtsgutsbeeinträchtigenden Tatverlauf.
Diese Einteilung der Garantenpflichten ist schon von der Diskussion über den Unterlassungstatbestand her bekannt: Die beiden Gruppen entsprechen den "unmittelbaren und mittelbaren Garantenstellungen" (1).
In diesem Zusammenhang bedarf diese Unterteilung jedoch noch der weiteren Präzisierung.

Eine "unmittelbare Garantenstellung" - als Grundlage des Pflichttäterbegriffes - liegt nicht schon vor, wenn zwischen dem Rechtsgut und dem Pflichtigen von

---

1) vgl. Henkel MSchrKrim 1961, 184; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 1o2 ff; Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 1o1 ff; auch Herzberg, Unterlassung, S. 344 ff, 356 f

vornherein eine Rechtsbeziehung bestand, aufgrund derer er zur Abwehr von Gefahren verpflichtet ist. Entscheidend ist vielmehr der Inhalt der Rechtsbeziehung, ob nämlich dem Garanten das Rechtsgut derart anvertraut ist, daß er unmittelbar für dessen Bestand einstehen muß und somit zwischen ihm und dem Rechtsgut eine die bloße Verletzungsverantwortlichkeit übersteigende Sonderbeziehung vorhanden ist.

Diese Differenzierung mag spitzfindig erscheinen, sie ist jedoch für den Pflichttäterbegriff entscheidend und muß deshalb im Einzelfall sorgfältig vorgenommen werde.

Die Garantenpflicht des Bademeisters und des Nachtwächters, die bereits oben zu den mittelbaren den Täterbegriff der Tatherrschaft begründenden Pflichten gezählt wurde, soll dies verdeutlichen : Obwohl zwischen dem Bademeister und dem Badegast mit dem Eintritt in das Strandbad eine besondere Rechtsbeziehung begründet wird, erschöpft sich die Pflicht des Bademeisters doch in der bloßen Abwehr von Gefahren, die dem einzelnen bei der Benutzung des Bades entstehen können. Dem Bademeister sind die Lebensgüter des Castes nicht in der Weise anvertraut, daß er wie ein Treuhänder für ihren Bestand einzustehen hat. Er besitzt keine Befugnis, auf die Rechtsgüter zu ihrem Schutze einzuwirken, über sie zu verfügen. Die Badegäste bleiben allein für sich sorgeberechtigt und können ihr Verhalten danach allein bestimmen, der Bademeister überwacht nur unterstützend die Sondergefahren des Bades und dämmt sie ein. Bei einer Badbenutzung wird zwischen dem Badegast und dem Bademeister keine solche Rechtsbeziehung begründet, aufgrund derer der

Bademeister als "unmittelbarer Garant" für Leben und Gesundheit des Badegstes erscheint; er ist vielmehr als "mittelbarer Garant" verpflichtet, die spezifischen Gefahren des Bades zu überwachen und von dem Badegast fernzuhalten (1).
Ebenso verhält es sich mit der Garantenpflicht des Nachtwächters (2), denn auch er muß nur die Gefahren, die in der Nacht dem Vermögen des Fabrikinhabers drohen, überwachen und eindämmen, ohne daß er unmittelbar für den Bestand dieser Güter einsteht. Die Bestellung eines Nachtwächters geschieht nur als zusätzlicher Schutz vor bestimmten Gefahren, ohne daß diesem zugleich die Befugnis eingeräumt wird, über den begrenzten Auftrag hinaus und unabhängig vom Willen des Berechtigten selbständig Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Die Garantenpflicht bezieht sich also nicht unmittelbar auf das Rechtsgut selbst, sondern auf die Abwehr der Gefahren, die dem Vermögen des Berechtigten in der Nacht drohen.

Es kann hier nicht für jede Garantenpflicht die Einordnung vorgenommen werden, doch kann als Anhalt für die Abgrenzung im Einzelfall auf die bisher genannten Beispiele der beiden Gruppen zu Beginn dieses Abschnittes und im vorstehenden Abschnitt sowie auf die Grundsätze dieser Abgrenzung verwiesen werden: Wenn zwischen dem Garanten und

---

1) Anderer Ansicht Schönke-Schröder, § 1 Vorbem. RN 1o4; von einer unmittelbaren Garantenpflicht könnte man etwa dann sprechen, wenn dem Schwimmmeister ein Badegast anvertraut ist, der bei ihm Schwimmen lernen soll, und der Bademeister zu diesem Zwecke den Schwimmschüler unter seiner Aufsicht im tiefen Becken schwimmen läßt.
2) in den Beispielen oben S.329; vgl. auch Herzberg, Unterlassung, S. 356, der die Reflexwirkung der mittelbaren Garantenpflicht betont.

dem Rechtsgut von vornherein, also ungeachtet der konkreten Gefahrenlage und der daraus entstandenen Schutzpflicht, keine besondere Rechtsbeziehung bestand, so liegt stets nur eine mittelbare Garantenpflicht vor.

Auch wenn von vornherein eine Rechtsbeziehung zwischen dem Garanten und dem Rechtsgut bestand, liegt nur dann eine unmittelbare Garantenpflicht vor, wenn die genannte Beziehung nicht nur die Abwehr bestimmter Gefahren von dem Rechtsgut, sondern darüberhinaus eine gegenüber dem Rechtsgutsinhaber selbständige Schutzpflicht beinhaltet, aufgrund derer der Pflichtige für die Unversehrtheit des Rechtsgutes unmittelbar einzustehen hat. Solch eine Schutzposition liegt vor, wenn dem Garanten zum Schutze des Rechtsgutes Verfügungsrechte eingeräumt sind, wie sie sonst nur dessen Inhaber zustehen, und er dieses Recht innerhalb eines gesetzten Rahmens unabhängig vom Willen des Rechtsgutsinhabers ausüben darf.

Hieraus folgt, daß zwischen dem Garanten und dem Rechtsgut ein der Treuhänderschaft entsprechendes Rechtsverhältnis bestehen muß: Das Rechtsgut ist dem Garanten in der Weise zugeordnet, daß er zu dessen Schutz die erforderlichen Maßnahmen selbständig ergreifen kann, ohne das Verhalten oder die Einwirkungsmöglichkeit eines Dritten berücksichtigen zu müssen; das zugrundeliegende Vertrauensverhältnis rechtfertigt einerseits diese Selbständigkeit, schafft aber auch andererseits die besondere Verantwortlichkeit für den Bestand des Rechtsgutes. Nur durch diese treuhänderische Beziehung kann neben den normierten Pflichtdelikten die unmittelbare Verantwortlichkeit für eine abwendbare Rechtsgutsbeeinträchtigung begründet werden, ohne daß

dabei der (Herrschafts-) Beziehung des Pflichtigen zum schadenbringenden Kausalverlauf irgendwelche Bedeutung zukommt (1).
Die "treuhänderische Garantenstellung" liegt vor, wenn der Inhaber des Rechtsgutes dieses nicht selbst schützen kann - wie bei der Garantenstellung der Eltern gegenüber dem Leben, der Gesundheit und dem Vermögen ihrer Kinder, oder bei der Garantenstellung des Pflegers gegenüber den ihm anvertrauten Rechtsgütern der gebrechlichen oder geistesgestörten Personen - oder wenn der Berechtigte für das Rechtsgut nicht selbst sorgen will - wie bei der Garantenstellung des Inhabers der Hundepension für das Wohlergehen der ihm anvertrauten Hunde.
Ist das Rechtsgut keiner bestimmten Person oder Personengruppe zugeordnet, sondern handelt es sich um ein Rechtsgut der Allgemeinheit, so kann nur derjenige "treuhänderischer" Garant sein, der nach der Rechtsordnung als der Verwalter und Wahrer des Rechtsgutes eingesetzt ist. Dies sind insbesondere die Beamten hinsichtlich der korrekten Ausübung der ihnen von der Allgemeinheit übertragenen Aufgaben und Befugnisse (§§ 331, 332, 336 ff) und sonstige Amtsträger im Hinblick auf das ihnen anvertraute Rechtsgut (z.B. § 121) (2).

---

1) Anders Schünemann, der auch bei dieser Art der Garantenstellung das Herrschaftsprinzip als grundlegend für die Erfolgszurechnung ansieht (S. 334 ff); in dem Bestreben, das Herrschaftsprinzip als allgemeines Zurechnungsmerkmal nachzuweisen, übersieht er jedoch, daß die " Herrschaft über die Anfälligkeit des Opfers" Folge und nicht Grund der besonderen Pflichtbeziehung zwischen Garanten und Rechtsgut ist.
2) Der Gesetzgeber ist natürlich nicht gehindert, die täterschaftliche Bestrafung eines Delinquenten ausdrücklich von einer Pflichtbeziehung abhängig zu machen, die nicht mit der dargelegten Eingrenzung der unmittelbaren Garantenpflicht übereinstimmt. Insoweit können die normierten

Trifft also den Träger einer solchen unmittelbaren, treuhänderischen Garantenpflicht für jedes rechtswidrige Verhalten, das gegen das ihm anvertraute Rechtsgut gerichtet ist, die volle - täterschaftliche-Verantwortung, so bedeutet das jedoch nicht für jeden Fall, daß er auch als Täter des normierten Tatbestandes zu bestrafen ist. Wird nämlich zum Beispiel im Straftatbestand über die bloße Rechtsgutsbeeinträchtigung hinaus gefordert, daß der Täter des normierten Deliktes eine bestimmte Tathandlung persönlich vornimmt, so kann ein Unterlassender nicht Täter sein (1).
Dies gilt auch für alle anderen Tatbestände, die besondere Unrechtsmerkmale enthalten, zum Beispiel eine bestimmte Willensrichtung oder eine von der treuhänderischen Garantenstellung abweichende Pflichtbeziehung zum Rechtsgut. Auch in diesen Fällen kann nur derjenige als Täter bestraft werden, der neben der Verantwortlichkeit für die Beeinträchtigung des Rechtsgutes die zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt (2).

Pflichtdelikte also über den für Unterlassungsdelikte definierten Umfang hinausgehen: vgl. oben S. 354.

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 392 ff "unechte eigenhändige Delikte"; vgl. auch oben S. 347 zu den Auswirkungen des personalen Unrechts im Bereich des Herrschaftsprinzips

2) Solche zusätzlichen Unrechtsmerkmale können im Bereich der unmittelbaren Garantenpflichten auch nicht durch eine Willensherrschaft zugerechnet werden, weil der Zurechnungsgrund nicht in der Verantwortlichkeit für die Gefahrenursache, sondern in der unmittelbaren Verantwortung für das Rechtsgut liegt, vgl. dazu unten S. 385 ff und Herzberg, Unterlassung, S. 99 f

(2) Allgemeine Auswirkungen des Pflichtprinzips bei Unterlassungsdelikten

Schließlich sind noch einige Bemerkungen zu den Herrschaftstatbeständen anzufügen, die durch eine treuhänderische Garantenpflicht in Unterlassungs-Pflichtdelikte "umgewandelt" werden. Diese Umwandlung wurde bereits als wichtiges Ergebnis der hier vertretenen Ansicht bezeichnet, und dies ist nicht nur auf die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte beschränkt.

> A will das Kind des Vaters V töten. V erfährt von dem Plan des A und ist sehr erfreut darüber, weil ihm das Kind ohnehin im Wege ist. Um den Plan des A zu erleichtern, schickt V das Kind zu A - ohne daß dieser die Absicht des V kennt - und A tötet das Kind.

Die Strafbarkeit der Beteiligten für den Tod des Kindes ergibt sich aus § 212. Da es sich hierbei nicht um ein normiertes Pflichtdelikt, sondern um einen reinen Verletzungstatbestand handelt, wird die Täterschaft normalerweise nach der Tatherrschaft über das tatbestandsmäßige Geschehen bestimmt. Für das positive Tun folgt hieraus, daß A kraft der Handlungsherrschaft Täter und V, der den A unterstützt hat, ohne selbst die Tatherrschaft zu erlangen, als Gehilfe zu bestrafen ist.
Um das Gesamtverhalten einer erschöpfenden strafrechtlichen Bewertung unterziehen zu können, muß auch das Unterlassen in die Untersuchung einbezogen werden (1). Daraus, daß A und auch V die

---

1) vgl. unten S. 426 ff

Ursache für den Tod des Kindes gesetzt haben, kann für sie die - mittelbare - Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun entstanden sein. Da bei dieser Garantenpflicht die Täterschaft ebenfalls von der Tatherrschaft über das Geschehen abhängt, wäre wiederum A - neben dem tatherrschaftslos handelnden V - als Täter und V - neben dem die Tat durch finales Tun beherrschenden A - als Gehilfe zu bestrafen (1).

V ist aber auch unmittelbarer, treuhänderischer Garant für das Leben seines Kindes, denn er hat gemäß §§ 1601, 1631 BGB die Pflicht, für sein Kind so zu sorgen, daß es keinen Schaden nimmt. Gegen diese Garantenpflicht hat V verstoßen, indem er sein Kind nicht vor dem Plan des A schützte. Da V Adressat der treuhänderischen Garantenpflicht für das Leben des Kindes ist, richtet sich seine Verantwortlichkeit für das rechtswidrige Verhalten nach dem Pflichttäterbegriff und der reine Verletzungstatbestand § 212 wird in einen Unterlassungspflichttatbestand umgewandelt: V ist wegen des pflichtwidrigen Unterlassens als Täter des § 212 zu bestrafen.

Die hier vertretene Meinung führt also zu dem Ergebnis, daß V Täter durch Unterlassen hinsichtlich desselben Tatgeschehens ist, welches er als Gehilfe aktiv unterstützt hat.

Zweifel an der Richtigkeit dieser Ergebnisse können deshalb entstehen, weil durch die Umwandlung des reinen Verletzungstatbestandes in einen Pflichttatbestand die bisher stets kritisierte Situation

---

1) Die Unterlassungsherrschaft des V wird von der Handlungsherrschaft des A zurückgedrängt, so daß dem V nach Herrschaftsgesichtspunkten nur die Rolle des Gehilfen bleibt; vgl. oben S. 325.

entsteht, daß die Begehungsteilnahme durch die Unterlassungstäterschaft überspielt und demit die Lehre der Begehungsbeteiligung zumindest teilweise "aus den Angeln gehoben" wird. Daß dem so ist, die aktive Beteiligung des Vaters also neben seiner Verantwortlichkeit für das Unterlassen nur eine zweitrangige, das heißt subsidiäre Bedeutung besitzt, läßt sich nicht leugnen; denn dieses Ergebnis kann weder mit der Konkurrenzlehre (1) noch mit Gleichwertigkeitserwägungen (2) korrigiert werden. Es wird nur dadurch gerechtfertigt, daß auf diese Weise die Beteiligung des Garanten inhaltlich richtig gelöst ist.

Hierfür spricht zunächst die wertmäßige Betrachtung des angeführten Beispiels: Überprüft man das Verhalten des V unter dem Gesichtspunkt, welcher Teil seines Verhaltens - die aktive Unterstützung oder das Nichtabwenden der Gefahr - den größeren Vorwurf verdient, so wird man das Unterlassen als schwerwiegender bezeichnen müssen, weil das Verweigern des elterlichen Schutzes für ein Kind gefährlicher ist, als wenn sich irgendjemand an der Straftat gegen das Kind unterstützend beteiligt.

Selbst wenn man allein die aktive Beteiligung des V betrachtet, so muß man erkennen, daß sie durch seine besondere Pflichtenstellung zum Leben des Kindes einen besonderen Unrechtsakzent erhält: Dieselbe aktive Beteiligungshandlung würde bei

---

1) Weder ist die Verantwortlichkeit wegen des Unterlassens gegenüber der Verantwortlichkeit wegen positiven Tuns subsidiär, noch besteht eine ähnliche Form der Gesetzeskonkurrenz zwischen der Begehungsteilnahme und der Unterlassungstäterschaft; vgl. unten S. 457.

2) Die Eltern-Kind-Beziehung ist besonders eng und läßt daher eine Abwertung der Unterlassungsverantwortlichkeit nicht zu; vgl. unten S. 473; anders teilweise Herzberg, Unterlassung, S. 262 f.

einem Dritten, der außerhalb der elterlichen Sonderbindung zum Kind steht, bei weitem nicht einen solch schwerwiegenden Vorwurf begründen wie gegenüber dem Vater. Dieses besondere Unrecht im Verhalten des Vaters V läßt sich nur mit seiner Pflichtenstellung zu seinem Kind erklären, die gemäß der hier vertretenen Ansicht seine selbständige Verantwortlichkeit wegen pflichtwidrigen Unterlassens begründen kann (1).

Die Erkenntnis, daß die Teilnahmehandlung eines Elternteils oder eines anderen treuhänderischen Pflichtenträgers an einer Straftat gegen das ihm anvertraute Rechtsgut einen besonderen Unrechtsgehalt besitzt, dürfte sich bisher stets bei der Bemessung der Strafhöhe im Rahmen des § 49 Abs.2 ausgewirkt und so jeweils zu einer vom Ergebnis her zutreffenden Lösung geführt haben (2).

Die systematisch richtige Folgerung aus dem erhöhten Unrechtsgehalt des Pflichtenträgers hat jedoch das Reichsgericht in dem bekannten Badewannen-Fall (3) gezogen, indem es die Mutter, die eine außenstehende Person aufforderte, das neugeborene Kind in einer Badewanne zu ertränken, trotz des entfernteren Tatbeitrages als Täterin behandelte.

Wenn das Reichsgericht diese Entscheidung auch mit der Interessentheorie "begründet" hat, deren Untauglichkeit für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme oben dargelegt wurde (4), so ist der Badewannen-Fall in diesem Zusammenhang dennoch recht

---

1) Im Ergebnis ebenso Herzberg, Unterlassung, S. 263
2) Durch die obligatorische Herabsetzung des Strafrahmens in § 27 Abs.2 des 2. StrRG wird dieser Ausweg für die Zukunft verschlossen sein.
3) RGSt 74, 85 ff; vgl. dazu bes. Lange, Lehrbuch, S. 94
4) auf S. 155 ff

bedeutsam: Weil die Interessentheorie dem Richter - fast - keine Rechtschöpfungsgrenze auferlegt und damit seinem Rechtsgefühl weitestgehend Raum gibt, liegt es nahe, daß diese auf dem Rechtsempfinden erfahrener Richter beruhende Bestimmung der Beteiligungsform materiell gerechtfertigt ist.

Durch die hier vertretene Auffassung wird die Möglichkeit geschaffen, dieser gefühlsmäßigen Festlegung der Beteiligungsarten eine systematische Basis zu geben, indem die besondere Pflichtenstellung eines Tatbeteiligten mithilfe des Unterlassens eine selbständige Bedeutung bei der Bewertung des Gesamtverhaltens gewinnt.

Neben diesen wertbezogenen Erwägungen sprechen noch dogmatische Gründe dafür, bei einem komplexen Verhalten eines treuhänderischen Garanten auch dann die Eigenständigkeit des Unterlassens anzuerkennen, wenn dieses aufgrund der schwererwiegenden Beteiligungsart die aktive Beteiligung an dem Tatgeschehen zurückdrängt. Das Unterlassen würde sonst als strafbares Verhalten in die Rolle eines "Lückenfüllers" abgeschoben, der nur dann eine eigene Bedeutung entfalten darf, wenn andere Anknüpfungspunkte für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Delinquenten nicht gefunden werden können (1).

Eine solche sekundäre Funktion des Unterlassens läßt sich jedoch mit keinerlei gesetzlichem oder dogmatischem Anhaltspunkt rechtfertigen; vielmehr

---

1) Herzberg (Unterlassung, S. 264) spricht von der "Notkonstruktion der Unterlassungstäterschaft, die man erleichtert beiseite schiebt, sobald irgendeine Aktivbeteiligung sichtbar wird". Im Ergebnis unterstützt er aber selbst diese von ihm verworfene Ansicht, wenn er die Unterlassungstäterschaft durch die Begehungsanstiftung verdrängt sehen will (Unterlassung, S. 263) .

verlangt eine konsequente Handhabung des Gesetzes nach der grundsätzlichen Eigenständigkeit der beiden Verhaltensweisen (1). Ließe man nämlich bei einer aktiven Beteiligung eines Delinquenten stets dessen Verantwortlichkeit aufgrund seines garantenpflichtwidrigen Unterlassens unberücksichtigt, so könnte sich jeder Garant durch eine Beihilfe- oder Anstiftungshandlung an derselben Straftat der täterschaftlichen Unterlassungsverantwortlichkeit entziehen (2).
Hierdurch wird besonders deutlich, daß es keineswegs negativ zu bewerten ist, wenn die Beteiligungslehre der Begehungsdelikte teilweise durch die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte "überspielt" wird - wenn dies nur wie hier materiell gerechtfertigt ist.

Wenn hier von der Umwandlung der reinen Verletzungstatbestände gesprochen wird, so soll das nicht bedeuten, daß diese in ihrem Charakter verändert werden und abweichend von ihrer gesetzlichen Fassung einen neuen Inhalt bekommen. Die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes ist nach wie vor der einzige Strafgrund dieser Tatbestände, und daran soll auch nichts geändert werden. Die Umwandlung betrifft nur den Täterbegriff, der für die jeweilige Vorschrift maßgebend ist, und damit die Anwendung ungeschriebener Grundsätze auf die Tatbestände der Rechtsgutsdelikte.
Diese Feststellung ist wichtig im Hinblick auf den nulla-crimen-sine-lege-Grundsatz, weil durch die

---

1) vgl. oben S. 25 und unten S. 432 ff
2) Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 107; vgl. dazu auch die Erörterungen oben auf S. 181; teilweise unterstützt auch Herzberg (Unterlassung, S. 263 f) diese Ansicht, weil es ihm allein auf die Strafrahmendifferenzierung ankommt.

Umwandlung der im Straftatbestand gesetzlich festgelegte Rahmen der Strafbarkeit keineswegs erweitert wird; vielmehr wird nur die Auslegung des Täterbegriffs, dessen Ausgestaltung der Gesetzgeber ohnehin bewußt der Lehre überlassen hat, für den konkreten Anwendungsfall präzisiert.
Demnach können auch keine dogmatischen Einwände gegen die Umwandlung der reinen Rechtsgutstatbestände durch die treuhänderische Garantenpflicht erhoben werden, denn diese Veränderung betrifft nicht den Strafrahmen dieser Tatbestände, sondern nur die ungeschriebenen Täterbegriffe, die auf die Straftatbestände Anwendung finden.

(II) Die Auswirkungen des Pflichtprinzips auf die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen

Der Pflichttäterbegriff hat auf die Stellung des Unterlassenden im Tatgeschehen stets die gleiche Auswirkung, gleichgültig, ob an der Straftat noch weitere Unterlassende oder Handelnde beteiligt sind. Deshalb ist es hier - anders als im vorstehenden Abschnitt über den Täterbegriff der Tatherrschaft - nicht erforderlich, die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung des Unterlassenden getrennt nach der Verhaltensart der übrigen Beteiligten darzustellen.

(1) Allein- und Nebentäterschaft

Ein Unterlassender kann auf zwei Arten Täter eines Pflichtdelikte sein: Entweder erfüllt er als unmittelbarer, treuhänderischer Garant eines Rechtsgutes durch sein pflichtwidriges Unterlassen den reinen Verletzungstatbestand, der dieses Rechtsgut schützt, oder er erfüllt das gesamte Unrecht eines normierten

Pflichttatbestandes. Gewöhnlich liegt dies schon dann vor, wenn er als unmittelbarer Garant aufgrund seines Verhaltens für die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes verantwortlich ist.

> A beschäftigt in seinem Gewerbebetrieb Gefangene und ist für deren Gewahrsam verantwortlich. Er unternimmt nichts, als der Gefangene B sich bei Arbeitsende unter die übrigen Arbeiter mischt und mit ihnen das Betriebsgelände verlassen will.

A ist mit der Beaufsichtigung der ihm zur Arbeitsleistung überlassenen Gefangenen beauftragt; da er während ihres Aufenthaltes in seinem Betrieb als einzige amtlich bestellte Person in der Lage ist, den staatlichen Anspruch auf die Gefangenenhaltung dieser Person wahrzunehmen, ist A auch unmittelbarer, treuhänderischer Garant. Er hat den B durch das Unterlassen der gebotenen Alarmhandlung entweichen lassen. A ist Täter des Pflichttatbestandes § 121 (1).

> Die Mutter greift bewußt nicht ein, als ihre Kind zur Salzsäureflasche greift und deren Inhalt trinkt. Wie die Mutter es wollte, stirbt ihr Kind durch die Säure.

Da hier das Rechtsgut "Leben" verletzt wurde, ist für die strafrechtliche Bewertung des Geschehens der § 212 heranzuziehen. Wenn der Delinquent für die Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes verantwortlich ist, weil er das Tatgeschehen durch positives Tun auf diesen Erfolg hingelenkt oder weil er als mittelbarer Garant für den schadenbringenden Kausalverlauf einzustehen hat, so

---

1) B kann schon deshalb nicht Täter des § 121 sein, weil er nicht Träger der gesetzlich fixierten Pflicht ist.

entscheidet die Tatherrschaft über das Tatgeschehen darüber, ob er als Täter oder als Teilnehmer nach dieser Strafbestimmung zu bestrafen ist.
Die Mutter ist jedoch unmittelbarer, treuhänderischer Garant für das Leben des Kindes, denn sie muß als Trägerin der Personensorge ihr Kind behüten und vor allen Gefahren schützen, weil dieses selbst hierzu nicht imstande ist. Die Beeinträchtigung des durch § 212 geschützten Rechtsgutes wird der Mutter also nicht deshalb zugerechnet, weil sie den schadenbringenden Kausalverlauf zu verantworten hat, sondern weil sie ihrer Schutzpflicht gegenüber dem Leben ihrer Kindes nicht nachgekommen ist.
Diese Sonderpflicht ist zwar nicht in dem normierten Tatbestand des § 212 ausdrücklich enthalten, doch ist sie als treuhänderische Garantenpflicht Bestandteil des Unterlassungstatbestandes und gestaltet diesen zu einem Unterlassungs-Pflichtdelikt. Sie bestimmt auch - wie bei den normierten Pflichtdelikten - die Art der Verantwortlichkeit: Die Mutter hat durch das pflichtwidrige Nichteingreifen den Tod des Kindes verursacht und zugleich gegen die Sonderpflicht verstoßen und ist deshalb als (Pflicht-) Täter des Unterlassungspflicht-Tatbestandes § 212 zu bestrafen.

Der unmittelbare, treuhänderische Garant, der einen solchen reinen Verletzungstatbestand oder einen Pflichttatbestand in seinem vollen Unrechtsgehalt, d.h. auch hinsichtlich der übrigen normierten Unrechtsmerkmale, erfüllt, wird also stets wegen der Sonderpflichtverletzung als Täter des betreffenden

Tatbestandes bestraft. Hierfür ist es gleichgültig, ob neben dem Garanten noch ein Handelnder - tatbeherrschend oder tatherrschaftslos - oder ein Unterlassender als mittelbarer oder unmittelbarer Garant beteiligt ist, denn unabhängig von dem Gewicht seines Tatbeitrages für die Erfolgsverursachung wird der treuhänderische Garant schon aufgrund der Sonderpflichtverletzung zur Zentralgestalt des rechtsgutsbeeinträchtigenden Geschehens und damit zum Täter.

Eine besondere Konstellation, bei der ein unmittelbarer Garant als Alleintäter und ein mittelbarer Garant als Gehilfe beteiligt sind, darf hier nicht unerwähnt bleiben. Bei den Herrschaftsdelikten war festgestellt worden, daß bei der ausschließlichen Beteiligung von Unterlassenden an einer Straftat - nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes - selten der eine Täter und der andere Teilnehmer sein kann (1). Hier, im Rahmen der Pflichttatbestände ist diese Konstellation aber möglich, nämlich wenn sich die Beteiligung auf ein normiertes Pflichtdelikt bezieht.

> A ist als Schäfer für die Herde des E angestellt. In gewissen Zeitabständen müssen er und andere Hirten sich mit ihren Herden bei einer Desinfektionsstelle einfinden, wo die Schafe durch ein Reinigungsbad getrieben werden. Der Inhaber der Desinfektionsstelle D hat dort Verschläge errichtet, damit die Herden nicht durcheinanderlaufen. Nach dem Vertrag mit E muß D dafür sorgen, daß der Verschlag, in den die Herde des E getrieben wird, nach allen Seiten fest verschlossen ist, damit sich die Schafe des E nicht unter die anderen Herden mischen können. Vor einem solchen Auftrieb kontrolliert D die Anlage und sieht, daß der Verschlag

---

1) siehe oben S. 305

für die Herde des E lückenhaft ist. Um E zu schaden, repariert er den Verschlag nicht, obwohl er hierzu vertraglich verpflichtet ist. Als A am nächsten Tag die Herde von den Hunden in den Verschlag treiben läßt, sieht auch er die schadhafte Stelle. Auch er unternimmt nichts, weil er dem E den Verlust mehrerer Schafe gönnt. Als die Schafe im Verschlag sind, entwischen tatsächlich mehrere in fremde Herden und sind nicht mehr aufzufinden.

Da weder A noch D einen Zueignungswillen besitzen, scheiden die §§ 242 ff für die strafrechtliche Bewertung des Geschehens aus. Der § 303 kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil die Herde des E nicht als einheitliche Sache anzusehen ist. Allein der Treuebruchtatbestand des § 266 kann Grundlage für die Bestrafung der beiden Delinquenten sein.
Dem A obliegt die Pflicht, die Vermögensinteressen des E hinsichtlich der Schafherden wahrzunehmen und zwar mit einer gewissen Selbständigkeit; er hat hierbei alles zu unternehmen, um den Verlust von Schafen zu verhindern. A ist also Träger der in § 266 normierten Pflicht und hat durch sein Unterlassen, die Herde vor dem Betreten des schadhaften Verschlages zurückzuhalten, gegen diese unmittelbare Garantenpflicht (1) verstoßen. Dadurch werden dem von ihm

---

1) Genügt nach dem normierten Willen des Gesetzes zur Erfüllung des Pflichttatbestandes bereits eine Pflichtbeziehung, die nicht die besondere Qualität der unmittelbaren, treuhänderischen Garantenpflicht enthält, so ist natürlich die gesetzliche Regelung maßgebend.
Die treuhänderische Garantenpflicht begründet zwischen dem Unterlassenden und dem tatbestandlichen Unrecht eine solche Pflichtbeziehung, die im Unterlassungstatbestand notwendigerweise das Pflichttäterprinzip begründet; darüberhinaus steht es dem Gesetzgeber frei, durch eine entsprechende Ausgestaltung der Straftatbestände zusätzliche Pflichtdelikte zu schaffen. Vgl. hierzu oben S. 36o.

zu betreuenden Vermögen Nachteile zugefügt. A hat den § 266 als Täter erfüllt.
Dadurch, daß D den Verschlag nicht reparierte, ist auch sein Unterlassen für den Vermögensschaden des E ursächlich geworden. Mit diesem Verhalten hat er gegen die ihn treffende mittelbare Garantenpflicht verstoßen, durch Instandhaltung der Zäune solche Vermögensschäden einzudämmen, die durch das Weglaufen von Tieren entstehen können. D hat sich demzufolge durch sein pflichtwidriges Unterlassen an dem Pflichtdelikt des § 266 beteiligt, ohne jedoch Träger der besonderen Vermögensbetreuungspflicht zu sein. D kann also nur als Gehilfe an dem Unterlassungsdelikt des A beteiligt sein (1), so daß bei dieser Konstellation zwei Unterlassende eine Straftat begangen haben, wobei der eine als Täter und der andere als Gehilfe des Pflichttatbestandes zu bestrafen sind.

Die täterschaftliche Verantwortlichkeit des treuhänderischen Garanten für das ihm anvertraute

---

1) Könnte D nur allein für das Geschehen verantwortlich gemacht werden, fehlte es also an der Haupttat des A, so würde er wegen desselben Verhaltens straflos bleiben. Denn eine Teilnahme ohne eine Haupttat ist nach der geltenden Fassung des Gesetzes undenkbar (vgl. oben S. 236). Diese strafrechtliche Abhängigkeit des Verhaltens des D von einer Haupttat liegt darin begründet, daß er selbst von keinem gesetzlichen Straftatbestand das gesamte tatbestandliche Unrecht erfüllt hat und somit nicht als Alleintäter bestraft werden könnte: Wegen fehlender Zueignung hat er nicht § 246 erfüllt; er besitzt weder eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über das Vermögen des E, noch ist er Träger der besonderen Vermögensbetreuungspflicht des § 266; da die Schafherde keine einheitliche Sache iSd. § 303 darstellt, hat D auch keine Sachbeschädigung begangen. Einen allgemeinen Enteignungstatbestand, den D erfüllt haben könnte, gibt es nicht.

Rechtsgut ist von der Beteiligung anderer Personen an demselben Tatgeschehen völlig unabhängig. Er ist "Alleintäter", wenn außer ihm noch ein Gehilfe beteiligt ist. Ist der andere ebenfalls Täter, so sind sie "Nebentäter" (1).

> A, der Leiter eines Pflegeheimes, wird von dem Versicherungsagenten B angestiftet, die geistesgestörten Insassen der Anstalt während ihrer Ausflüge in der Ortschaft nicht mehr begleiten zu lassen, um mit der zu erwartenden Zahl tödlicher Unfälle die Leistung der Versicherung an das Pflegeheim herabzusetzen. A unterläßt es daraufhin, Pfleger als Aufsichtspersonen für die Ausgänge der Geisteskranken einzuteilen. Mehrere Insassen der Anstalt verunglücken tödlich.

A ist unmittelbarer, treuhänderischer Garant für das Leben der Anstaltsinsassen, denn er hat sie zu pflegen und vor den Gefahren des Lebens zu schützen, weil sie dies selbst nicht können. Gegen diese Schutzpflich hat er verstoßen, als er keine Aufsichtspersonen bestimmte, und damit den Tod der ihm Anvertrauten verursachte. A ist deshalb als (Pflicht -) Täter durch Unterlassen für den Tod der Anstaltsinsassen verantwortlich.
B hat, ohne die Tatherrschaft zu besitzen, an dem Geschehen als Anstifter mitgewirkt (2). Da für sein Verhalten der Täterbegriff der Tatherrschaft entscheidend ist, verdient er nur die Strafe des Teilnehmers. A und B haben sich also in der Weise an der

---

1) Zum Nebeneinander zweier Pflichttäter vgl. die Ausführungen zur Mittäterschaft unten S. 382.
2) Zur Teilnahme eines Handelnden an einer Unterlassungstat vgl. unten S. 401 ff.
Dazu, daß durch das anstiftende Tun keine Garantenpflicht begründet werden kann, die zur Täterschaft durch Unterlassen führt, vgl. oben S. 320 ff.

Tötung der Anstaltsinsassen beteiligt, daß A als Pflichttäter nach § 212 und B als Anstifter nach §§ 212, 48 zu bestrafen ist.

Besteht in dem vorstehenden Beispiel die Tätigkeit des B darin, daß er den Insassen Gift unter die Speisen mischt, so besitzt B die Handlungsherrschaft über das Geschehen und ist demzufolge als Täter des § 212 zu bestrafen.
A ist wiederum als unmittelbarer Garant für den Tod der Insassen verantwortlich und deshalb Pflichttäter nach § 212. In dieser Abwandlung sind also A und B als Nebentäter nach dem gleichen Tatbestand verantwortlich, und zwar der A als Pflichttäter - weil er den Unterlassungs-Pflichttatbestand des § 212 erfüllt hat - und B als Täter kraft seiner Handlungsherrschaft über das Tötungsgeschehen. Beide sind Zentralfiguren des Geschehens, denn A hat jede Gefahr, auch verbrecherische Angriffe, von seinen Pfleglingen abzuwenden und ist damit Schlüsselfigur für deren Schutz, und B ist Herr des Verletzungsgeschehens.

Hat B - in einer weiteren Abwandlung des Beispiels - als Kammerjäger gefährliche Gifte in der Anstalt verwendet und sie versehentlich offen stehen lassen, so besitzt er die Unterlassungsherrschaft kraft seiner Entscheidungsgewalt, wenn er sein pflichtwidriges Verhalten erkennt und das Verschließen der Behälter bewußt unterläßt, damit die Geisteskranken sich selbst dezimieren (1). Da er aufgrund seines vorangegangenen gefährlichen Tuns Träger einer mittelbaren Garanten-

---

1) Falls die Insassen willensgesteuert handeln können, liegt Willensherrschaft kraft Irrtums vor, wenn die Insassen das Gift nicht als solches erkennen, vgl. oben S. 220 und 336.

pflicht ist, haftet er für den Tod der Insassen. Die Unterlassungsherrschaft verleiht ihm die Täterschaft über das schadenbringende Geschehen, weil es von keinem Handelnden gelenkt wird. Daneben ist A wiederum für seine Unterlassung als Pflichttäter verantwortlich.
A und B sind also als Unterlassungs-Nebentäter zu bestrafen, für A folgt die Täterschaft aus dem Pflichttäterbegriff und für B aus der Tatherrschaft. Auch hier erscheinen A und B als Zentralfiguren des Tatgeschehens, der eine im Hinblick auf den Schutz des Rechtsgutes, der andere im Hinblick auf das verletzende Kausalgeschehen.

Die letzte Abwandlung soll das Ausgangsbeispiel dahin erfahren, daß der Vater B sein krankes Kind in der Anstalt besucht und mit ihm im Park spazieren geht. Plötzlich bekommt das Kind einen Anfall, der zum Tode führen kann, falls er nicht sofort mit einem bestimmten Medikament unterdrückt wird. Der Anstaltsleiter und der Vater wissen das, denn das Kind wurde gerade aus diesem Grunde in das Heim eingeliefert. Weder A, der von einem Fenster dem Geschehen im Park zuschaut, noch B hilft dem Kind, um dessen Tod herbeizuführen.
Hier sind zwei unmittelbare Garanten für den Bestand desselben Rechtsgutes verantwortlich: A kraft des Aufnahmevertrages und seiner Berufspflicht (1), B kraft seiner elterlichen Personensorge. Beide haben durch ihr Unterlassen den Tod des Kindes herbeigeführt und dadurch ihre unmittelbare Garantenpflicht

---

1) Auch in Gegenwart des Vaters B beeinträchtigt dessen Garantenpflicht nicht die des A; denn die Schutzpflicht des A ist zum einen nicht von der Elternpflicht des Vaters B abgeleitet und zum anderen ist A selbständiger "Treuhänder" im Hinblick auf die Rechtsgüter des Kindes.

verletzt. Wegen der Sonderpflichtverletzung sind beide als Täter des § 212 zu bestrafen. Sie sind Nebentäter, da zwischen ihnen - bis auf das gemeinsame Schutzgut - keine Verbindung besteht (1).

Die Beteiligung eines unmittelbaren, treuhänderischen Garanten an einem normierten Pflichttatbestand ist in gleicher Weise zu behandeln. Aber es können dort die Beteiligten - seien es Unterlassende oder Handelnde - nur dann als Täter bestraft werden, wenn sie Träger der normierten Pflicht sind. Die Tatherrschaft über das verletzende Kausalgeschehen vermag im Hinblick auf diese Deliktsgruppe die Täterschaft nicht zu begründen.
Erfüllen die übrigen Beteiligten nicht diese Voraussetzung, so kommt für sie nur die Verantwortlichkeit als Gehilfe - oder bei Handelnden auch - als Anstifter in Betracht.
Wegen der grundsätzlichen Übereinstimmung dieser Konstellation mit der eben dargelegten Fallgruppe soll diese nicht nochmals wiederholt werden.

(2) Beihilfe

Ein Unterlassender ist als Gehilfe an einem Pflichtdelikt beteiligt, wenn er nicht alle Merkmale erfüllt, die gemäß dem Pflichttatbestand die Täterstrafe nach sich ziehen. Dies folgt aus dem "sekundären Teilnahmebegriff", der die Teilnahme als eine Beteiligung außerhalb der für den jeweiligen Tatbestand maßgebenden Täterschaft definiert (2). Den Unterlassenden trifft also für die Beteiligung an einem Pflichtdelikt

---

1) Zu den Elementen der Mittäterschaft beim Pflichttäterbegriff vgl. unten S. 382 ff.
2) s. Roxin, Täterschaft, S. 27, 476 f

die Teilnahmestrafe, falls er das Tätermerkmal der Sonderpflichtverletzung oder die tatbestandlichen Unrechtsmerkmale nicht vollständig erfüllt hat.

(a) Fehlende Sonderpflicht beim Unterlassenden

Ein treuhänderischer Garant könnte wegen fehlender Sonderpflichtverletzung nur als Teilnehmer für die Erfüllung eines Pflichttatbestandes zu Verantwortung gezogen werden, wenn er trotz seiner Garantenstellung gegenüber dem Rechtsgut doch nicht die im Tatbestand normierte besondere Pflichtbeziehung zum Rechtsgut besitzt.
Dies kann nur bei normierten Pflichtdelikten gegeben sein und läge z.B. vor, wenn § 266 nicht wie in der gegenwärtigen Fassung jeden, der fremde Vermögensinteressen wahrnimmt, als Täter erfassen würde, sondern nur denjenigen Treupflichtigen, der die Vermögensverwaltung "geschäftsmäßig" betreibt. Dann könnte auch nur der Garant, der in dieser besonderen Pflichtbeziehung steht, den § 266 durch pflichtwidriges Unterlassen als Täter erfüllen, alle übrigen - mittelbaren und unmittelbaren - Garanten könnten allenfalls als Teilnehmer verantwortlich sein.
Der Gesetzgeber hat nur wenige solche über die Definition des unmittelbaren Garanten hinausgehende Eingrenzungendes Pflichttäterbegriffes in den Straftatbeständen vorgenommen, so daß diese Konstellation der Unterlassungsbeihilfe wegen fehlender Sonderpflicht keine große Bedeutung hat.
Ein solcher Fall liegt z.B. im § 17o vor, wo nicht jeder für den Unterhaltsanspruch unmittelbar Verantwortliche - etwa der Pfleger gemäß § 17o6 BGB -, sondern nur der Unterhaltspflichtige selbst Täter der Straftat sein kann.

Bei den Unterlassungspflichtdelikten - also solchen Tatbeständen, die erst kraft einer unmittelbaren Garantenpflicht des Verantwortlichen dem Täterprinzip der Pflichtdelikte unterworfen werden - kann dieser Fall der Unterlassungsbeihilfe nicht vorkommen. Hier wird nämlich die Beteiligung desjenigen Unterlassenden, der nicht als treuhänderischer Garant und damit nicht als Pflichttäter für den Bestand des Rechtsgutes haftet, nicht am Täterbegriff der Sonderpflichtverletzung, sondern an dem der Tatherrschaft gemessen, und er wird wegen seiner Unterlassungsherrschaft ebenfalls als Täter bestraft (1).
Als Beispiel hierfür sei auf die Abwandlung des Anstalts-Falles verwiesen, in der B als Kammerjäger Gift offen stehen läßt und er sowie der Anstaltsleiter A nichts dagegen unternehmen, daß die Insassen der Anstalt das Gift zu sich nehmen (2).
Es wurde schon dort festgestellt, daß die Strafbestimmung des § 212 zur Bestimmung der Verantwortlichkeit des unmittelbaren, treuhänderischen Garanten A als Unterlassungs-Pflichtatbestand aufzufassen ist, während § 212 für den mittelbaren Garanten B ein Herrschaftsdelikt darstellt. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Stellung zum Rechtsgut bzw. zum Tatgeschehen wird also derselbe Verletzungstatbestand für den

---

1) Wird der schadenbringende Kausalverlauf, für den der mittelbare Garant verantwortlich ist, von einem Handelnden auf die Rechtsgutsverletzung gelenkt, so ist der mittelbare Garant aufgrund seines Unterlassens nur als Gehilfe zu bestrafen. Der Grund für die Gehilfenverantwortlichkeit liegt hier jedoch nicht in der fehlenden Sonderpflicht, sondern in der Tatherrschaft des Handelnden, die den Unterlassenden in die Stellung einer Randfigur abdrängt; vgl. oben S. 326.
2) vgl. oben S. 375

einen Beteiligten zum Pflichtdelikt und für einen anderen Beteiligten zum Herrschaftsdelikt, und es kann hier folglich auch keine Beihilfe wegen fehlender Sonderpflichtverletzung geben.

(b) Fehlende Tatbestandserfüllung durch einen Unterlassenden

Hat ein unmittelbarer Garant die Beeinträchtigung des von ihm zu schützenden Rechtsgutes verursacht, indem er die pflichtgemäße Handlung unterlassen hat, so ist er aufgrund der Sonderpflichtverletzung für den Erfolg als Täter verantwortlich. Solange ausschließlich dieser Erfolg Inhalt eines rechtsgutschützenden Straftatbestandes ist, bleibt für eine Beihilfe wegen fehlender Tatbestandserfüllung kein Raum, weil der Unterlassende ja den ganzen Unrechtsgehalt der Strafbestimmung - die Beeinträchtigung des Rechtsgutes - erfüllt hat.
Die wichtigsten Rechtsgüter werden durch einen solchen "reinen Rechtsgutstatbestand" (1) geschützt: das menschliche Leben durch § 212, die körperliche Integrität durch § 223, die körperliche Freiheit durch § 239, die Freiheit der Willensbetätigung durch § 240, die Ehre durch § 185 usw.; durch den § 266 wird hier, im Rahmen der Pflichtdelikte, auch die Vermögensverletzung ohne weitere Tatbestandsvoraussetzungen bestraft, so daß zusammen mit der Bestimmung des § 303 der Eigentums- und Vermögensschutz auch in dieser Beziehung vollständig ist (2).

---

1) s. oben S. 28 ff
2) anders ist es bei den Herrschaftsdelikten, wo die §§ 242 ff neben der Eigentumsverletzung noch bestimmte Handlungen oder Vorgänge voraussetzen; vgl. oben S. 306

Der unmittelbare Garant für diese Rechtsgüter wird also, wenn er seiner Schutzpflicht in schuldhafter Weise nicht nachkommt, immer als Täter dieser Delikte zu bestrafen sein.

Für eine Anzahl von Rechtsgütern existiert kein solcher reiner Verletzungs- bzw. Pflichttatbestand, der durch bloßes Unterlassen mit allen darin enthaltenen Tatbestandsmerkmalen erfüllt werden kann. Wenn ein Unterlassender als unmittelbarer Garant für die Beeinträchtigung eines dieser Rechtsgüter verantwortlich ist, kann er aufgrund der entsprechenden Tatbestände nicht als Täter, sondern allenfalls als Gehilfe bestraft werden (1).

> Die Mutter M der Sextanerin S schreitet nicht gegen die unzüchtigen Handlungen des Lehrers L an seiner Schülerin S ein, die er bei einem Besuch an dieser vornimmt. M hofft, daß L die von ihm mißbrauchte S "als Gegenleistung" dafür in der Schule bevorzugen wird.

Der Lehrer L hat die seiner Erziehung anvertraute S zur Unzucht mißbraucht und ist deshalb nach § 174 Ziff. 1 strafbar.
Die Mutter der S ist kraft der elterlichen Personensorge verpflichtet, die geschlechtliche Freiheit und Integrität ihrer Tochter S zu schützen (2). Neben dieser Stellung als unmittelbarer, treuhänderischer Garant für das geschützte Rechtsgut der S ist M auch Trägerin der in § 174 Ziff.1 normierten Pflichtenstellung.

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 477 ff; für eigenhändige Delikte, die kein Rechtsgut schützen, gilt das jedoch nicht.
2) Die mittelbare Garantenstellung für den räumlichen Bereich der Wohnung (vgl. die oben S. 106 in der Anm. 3 Genannten) soll hier außer Betracht bleiben; auch sie würde allenfalls eine Gehilfenbestrafung ergeben.

Dennoch kann sie nicht Täterin dieser Strafbestimmung sein. Das Unrecht des § 174 wird nämlich nur dann vollständig erfüllt, wenn der Pflichtige eine Unzuchtshandlung mit ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt (1). Das pflichtwidrige Unterlassen der gebotenen Schutzhandlung durch die Mutter entspricht nicht diesem verhaltensgebundenen Unrechtsmerkmal des § 174, denn es besitzt weder einen geschlechtsbezogenen noch einen wollusterregenden Charakter: Die M hat also nur einen Teil des in § 174 normierten Unrechts erfüllt, weil sie die verhaltensgebundenen Merkmale nicht durch das Unterlassen verwirklicht hat. Da sie an der Straftat des L beteiligt war, wird sie als Gehilfin durch Unterlassen bestraft.

(3) Mittäterschaft

Trotz seiner unmittelbaren Pflichtbeziehung zum tatbestandlichen Erfolg verdient der treuhänderische Garant aufgrund seines pflichtwidrigen Unterlassens zuweilen nur die Strafe eines Gehilfen, weil er nicht alle Unrechtsmerkmale des betreffenden Straftatbestandes erfüllt hat. Es wäre hier also Raum für die Aufwertungsfunktion der Mittäterschaft in der bereits dargelegten Weise, daß nämlich ein Teilnehmer durch die "gemeinschaftliche Tatausführung" gemäß § 47 zu einer der Zentralfiguren des Tatgeschehens und damit zum Täter wird.
Abgesehen davon, daß im Geltungsbereich des Pflichttäterbegriffes die Heranziehung von Tatherrschaftselementen bei der Bestimmung der Täterschaft

1) Schönke-Schröder, § 174 RN 16; Lackner-Maassen § 174 Anm. 4

systematisch kaum zu rechtfertigen wäre (1), kann die funktionelle Tatherrschaft hier schon deshalb nicht ihre mittäterschaftsbegründende Wirkung entfalten, weil sie generell mit der Verhaltensweise des Unterlassens unvereinbar ist (2).
Es lassen sich keine anderen Umstände finden, durch welche ein Teilnehmer - ohne daß er andere Beteiligte aus deren zentralen Stellung im Geschehen verdrängt - zum Mittäter aufgewertet werden könnte: Weder die Elemente des Unterlassungstatbestandes noch andere Begleitumstände gestatten die wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge zwischen einem Unterlassenden und einem anderen Beteiligten (3), und somit gibt es hier ebensowenig wie im Bereich des Täterbegriffes der Tatherrschaft die täterschaftsbegründende Mittäterschaft des Unterlassenden.

Demzufolge bleibt nur noch die Möglichkeit einer Mittäterschaft mit ausschließlich terminologischer Bedeutung, wobei nämlich Unterlassende, die ohnedies schon als Täter verantwortlich sind, als Mittäter bezeichnet werden.
Wie bei den Pflichtdelikten der Begehungsdelikte liegt es nahe, diese Situation als gegeben zu betrachten, wenn zwei Pflichtenträger mit dem rechtswidrigen

---

1) Die treuhänderische Garantenpflicht begründet nur eine Pflichtbeziehung zwischen dem Garanten und dem Rechtsgut, ohne eine ähnliche Beziehung des Unterlassenden zum Tatgeschehen aufzubauen, wie es durch die mittelbaren und die nicht-treuhänderischen unmittelbaren Garantenpflichten geschieht. Deshalb widerspricht es der Struktur des hier geltenden Pflichtprinzips, mit Hilfe einer Herrschaftsbeziehung über das Tatgeschehen irgendeine Form der Täterschaft zu begründen; vgl. auch unten S. 385 f.
2) vgl. oben S. 283 ff
3) s. oben S. 288 f, 331 ff

Verhalten eine "gemeinsame Pflicht gemeinsam verletzen" (1).
Diese Merkmale gestatten zwar bei den Pflichtträgern keine wechselseitige Zurechnung der von ihnen erfüllten Unrechtselemente und vermögen daher die Mittäterschaft nur begrifflich zu begründen, sie bauen jedoch auf dem Pflichtprinzip auf und entsprechen somit dem hier geltenden Täterbegriff.
Da die Mittäterschaft demnach allein von der Pflichtbeziehung der Beteiligten abhängt, ist es völlig gleichgültig, ob diese sich durch positives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen an dem Tatgeschehen beteiligen, sofern sie nur aufgrund ihres eigenen Verhaltens bereits Täter sind.

> A und B haben den Strafgefangenen C in eine Haftanstalt zu bringen. A schließt die Handschellen auf, so daß C entweichen kann, und B unterläßt es vereinbarungsgemäß, den A an diesem Tun zu hindern.

A und B sind schon aufgrund ihres persönlichen Verhaltens als Täter des § 121 bzw. des § 347 - falls sie Beamte sind - verantwortlich. Da sie die gemeinsame Pflicht durch einverständliches Verhalten verletzt haben, sind sie als Mittäter des von ihnen erfüllten Pflichttatbestandes zu bezeichnen.
A ist kraft positiven Tuns und B kraft pflichtwidrigen Unterlassens Mittäter.

Auch bei solchen Straftatbeständen, die erst durch die unmittelbare, treuhänderische Garantenpflicht dem Pflichttäterbegriff unterworfen sind, kann diese Form der Mittäterschaft vorliegen.

---

1) Roxin, Täterschaft, S. 357

> Da die Eltern A und B sich ihres Kindes ohnehin entledigen wollen, unterlassen sie es einverständlich, dem Kind die Salzsäureflasche aus der Hand zu nehmen. Das Kind trinkt die Flüssigkeit und stirbt.

Auch hier sind A und B, abgesehen von dem gemeinsamen Verhalten als Täter des Unterlassungs-Pflichttatbestandes verantwortlich. Sie sind zudem Mittäter, da sie die gemeinsame elterliche Schutzpflicht gegenüber dem Leben ihres Kindes gemeinsam verletzt haben.

(4) Mittelbare Täterschaft

Aus alledem, was bisher über die Bedeutung des Pflichttäterbegriffes für die Verantwortlichkeit des unmittelbaren, treuhänderischen Garanten gesagt wurde, läßt sich schon jetzt ablesen, daß es hier eine mittelbare Täterschaft in dem oben bei den Herrschaftsdelikten beschriebenen Sinne (1) nicht geben kann.

Ein Grund hierfür liegt zunächst darin, daß das Prinzip der Erfolgszurechnung bei der mittelbaren Täterschaft mit dem Pflichttäterbegriff nicht zu vereinbaren ist. Während nämlich bei den Pflichttatbeständen die Täterschaft des Delinquenten allein davon abhängt, ob er als der Träger der Sonderpflicht das normierte Unrecht erfüllt hat, beruht die mittelbare Täterschaft darauf, daß der Täter den Tatverlauf kraft seines organisatorischen Machtapparates oder die Willensbildung der übrigen Beteiligten durch Zwang oder durch Ausnutzungen eines Irrtums beherrscht und ihm aufgrund dieser Herrschaft das rechtswidrige Verhalten der

---

1) s. oben S. 271 ff, 333 ff

übrigen Beteiligten mittelbar zugerechnet wird. Die Sonderpflicht des treuhänderischen Garanten bezieht sich ausschließlich auf den Schutz des ihm anvertrauten Rechtsgutes ohne Rücksicht darauf, woher und auf welche Weise diesem Gefahren drohen (1). Da die Verletzungshandlung als Zurechnungsgrund also gerade für die Verantwortlichkeit des treuhänderischen Garanten unbeachtlich ist, kann sie für ihn nicht zur Grundlage einer besonderen Form der Täterschaft werden.

Weiterhin besteht auch kein Bedürfnis dafür, mit dieser Form der Täterschaft den Bereich täterschaftlicher Verantwortlichkeit zu erweitern oder Lücken in ihm zu schließen. Dem treuhänderischen Garanten wird nämlich bei der Nichterfüllung seiner Schutzpflicht, die zur Beeinträchtigung des Rechtsgutes führt, nur vorgeworfen, daß er diesen Erfolg durch die Pflichtverletzung verursacht hat; das zu diesem Erfolg führende Geschehen liegt außerhalb seines Verantwortungsbereiches.

Wird das betroffene Rechtsgut durch einen Straftatbestand geschützt, der nur den Erfolg der Rechtsgutsbeeinträchtigung als Unrechtsmerkmal enthält, so ist der treuhänderische Garant ohnehin in jedem Fall als (Pflicht-) Täter zu bestrafen. Existiert dagegen für ein Rechtsgut nicht ein solcher reiner Verletzungstatbestand, sondern enthalten alle dieses Rechtsgut betreffenden Tatbestände zusätzliche Unrechtselemente, die der Unterlassende nicht erfüllt hat, so kann ihm nur ein Teil des normierten Unrechts vorgeworfen werden - nämlich das der Rechtsgutsverletzung. Er verdient somit nur die Bestrafung eines Teilnehmers, bzw., wenn keine Haupttat vorhanden ist, Straffreiheit wegen fehlender Tatbestandserfüllung.

---

1) vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 99 f, 261

> Die Familienväter A und B sind sich darüber einig, daß ihre Kinder a und b nur eine Plage sind. Eines Tages erzählt A dem B, daß er sein Kind a umbringen wolle, und erläutert ihm seinen Plan. Um seine Stellungnahme dazu gebeten, sagt B, er könne dazu nichts sagen, denn das sei Sache des A. B hat jedoch erkannt, daß der Plan nicht zur Tötung des a, sondern des b führen wird.
> A führt seinen Plan aus und B schreitet trotz einer bestehenden Möglichkeit nicht dagegen ein. Das Kind b - wie von B erkannt - fällt dem Handeln des A zum Opfer.

Der Tatverlauf in diesem Beispiel entspricht in seiner Konstellation weitgehend dem der mittelbaren Täterschaft bei den Herrschaftstatbeständen: B macht sich durch das pflichtwidrige Unterlassen den Irrtum des A zur Erreichung seines Tatwillens zunutze und überspielt damit die aktive Geschehensgestaltung des A (1).
Da B aber keinerlei Verantwortung für das schadenbringende Kausalgeschehen trägt, sondern wegen der Vater-Kind-Beziehung nur unmittelbar für den Tod seines Kindes einstehen muß, ist es nicht nur überflüssig, sondern auch unzutreffend, ihn als mittelbaren Täter der Tötung zu bezeichnen. Für die strafrechtliche Beurteilung ist es völlig gleichgültig, ob das schadenbringende Geschehen durch Zufall ausgelöst wurde oder von einem ungesteuerten oder gesteuerten menschlichen Verhalten ausging.
Weil durch seine Sonderpflichtverletzung der Verletzungserfolg verursacht wurde, ist B "unmittelbarer" Täter des Unterlassungs-Pflichttatbestandes § 212 .

A ist wegen des fehlgeschlagenen Tötungsversuches gegen sein Kind a gemäß §§ 212, 43 und wegen der fahrlässigen Tötung des Kindes b gemäß § 222 zu

---

1) s. Roxin, Täterschaft, S. 213 f und oben S. 335 f

bestrafen (1).

> Die 17-jährige A hat einen starken Hang zu unmoralischem Leben. Da ihre Eltern sich häufig auf Reisen befinden und während dieser Zeit die A nicht beaufsichtigen können, haben sie ihre Tochter in das Heim des H gegeben. H erfährt durch Zufall, daß A gegen den Willen ihrer Eltern mit B, der sie für volljährig hält, entfliehen will. A soll sich in einer Großstadt als Callgirl betätigen. H unternimmt nichts, um A an dem Vorhaben zu hindern, und so verschwindet sie eines Tages mit B.

Da B sich hinsichtlich des Alters der A in einem tatbestandsausschließenden Irrtum befindet, kann er nicht nach § 236 bestraft werden.
H ist als Heimleiter, dem die Eltern ihre Tochter anvertraut haben, treuhänderischer Garant für das Sorgerecht der Eltern. Die ihm aus dieser Stellung erwachsende Pflicht, das Sorgerecht zu wahren, hat er durch das Unterlassen einer dieses Rechtsgut schützenden Handlung verletzt. Er ist demnach für die Beeinträchtigung des Sorgerechts verantwortlich.

Das von § 236 erfaßte Unrecht besteht jedoch nicht nur in der Verletzung des Sorgerechts, sondern außerdem in einer bestimmten Herbeiführung dieses Erfolges, nämlich der "Entführung, um sie zur Un=zucht zu bringen". Dies bedeutet, daß der Täter bei der Flucht der jungen Frau einen bestimmten Einfluß auf sie ausüben und sie bei der Ortsveränderung und der Zuführung zur Unzucht somit weitgehend in des Täters Gewalt stehen muß (2). Dieses Unrechtsmerkmal der Entführung hat H nicht erfüllt, vielmehr besaß B den bestimmenden Einfluß

---

1) Die Versuchshandlung und die darin enthaltene Verletzung der Schutzpflicht des A gegenüber a bilden eine natürliche Handlungseinheit; vgl. unten S. 451 f.
2) vgl. Schönke-Schröder, § 236 RN 4 und 5; Lackner-Maassen § 236 Anm.3

auf A. Aufgrund seines eigenen Verhaltens kann H also nicht als Täter des § 236 bestraft werden. Ein anderer Tatbestand, der nur die Verletzung des Sorgerechts unter Strafe stellt, existiert nicht. H kann auch nicht als Teilnehmer des § 236 - wegen fehlender Tatbestandserfüllung - bestraft werden, weil hier eine Haupttat fehlt.
Eine Bestrafung des H nach § 236 hängt demzufolge allein davon ab, ob ihm als demjenigen, der das gesamte tatbestandsmäßige Geschehen durchschaut hat, die von B verwirklichte "Entführung" zugerechnet werden kann. Das setzt voraus, daß irgendein Grund für die Zurechnung des fremden Verhaltens besteht. Die Garantenpflicht des H läßt sich hierfür nicht anführen, denn sie bezieht sich nur auf den Schutz des Sorgerechts der Eltern der A; die durch diese Garantenpflicht begründete Verantwortlichkeit läßt sich nicht auf das Verhalten ausdehnen, das zu der von H zu vernindernden Beeinträchtigung des Sorgerechts geführt hat (1).
Ein anderer Zurechnungsgrund als die Garantenpflicht ist hier nicht zu finden, so daß sowohl H als auch B wegen ihres Verhaltens straflos bleiben.

c. Das Tätermerkmal des persönlichen Verhaltens

Weil der Gesetzgeber in den Tatbeständen des Strafgesetzbuches von zwei unterschiedlichen Prinzipien ausgeht, nach welchen der Hauptverantwortliche für eine Rechtsgutsbeeinträchtigung zu bestimmen ist - nämlich nach dem Herrschaftsprinzip und dem

1) vgl. Herzberg, Unterlassung, S. 261

Sonderpflichtprinzip -, mußten hieran die beiden erstgenannten Tätermerkmale entwickelt werden.

Wie bereits im ersten Teil der Arbeit festgestellt wurde, sind nicht alle Straftatbestände von einer solchen rechtsgutschützenden Natur, daß die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zu dem von dem Täter zu erfüllenden tatbestandlichen Unrecht gehört. Unter den Begehungs- und Unterlassungstatbeständen gibt es auch eine Anzahl von Tatbeständen, deren Unrecht sich in einem bestimmten, für die Gesellschaft als unerträglich empfundenen Verhalten erschöpft.
Zu solchen Verhaltenstatbeständen wurden oben die Unterlassungsdelikte der §§ 138, 330 c und die Begehungsdelikte der §§ 173, 175 b gerechnet (1), denn das normierte Unrecht erfaßt allein die dort beschriebenen Verhaltensweisen, ohne daß dabei auch die Beeinträchtigung von Rechtsgütern berücksichtigt wird.
Es ist nur selbstverständlich, daß das besondere Unrecht dieser Verhaltenstatbestände auch den Täterbegriff prägt, der für diese Art der Tatbestände gilt. Er entspricht im Grundsatz völlig dem der Verhaltenstatbestände der Begehungsdelikte (2) und zeichnet sich dadurch aus, daß nur die persönliche Vornahme des normierten Verhaltens täterschaftsbegründend wirkt. Dieser übereinstimmende Täterbegriff gestattet es, das Problem der Unterlassungsbeteiligung an verhaltensgebundenen Tatbeständen zugleich für die Straftatbestände beider Verhaltensarten darzustellen.

---

1) vgl. oben S. 53 ff
2) s. Roxin, Täterschaft, S, 399 ff: die "eigenhändigen Delikte"

(1) Alleintäterschaft und Nebentäterschaft

Aus dem Täterbegriff der Verhaltenstatbestände lassen sich auf einfache Weise alle Abgrenzungsfragen ablesen: Wird derjenige als Täter bestraft, der das tatbestandlich festgelegte Verhalten persönlich erfüllt hat, so wird bei einem normierten Unterlassen jeder, der die geforderte Handlung nicht vorgenommen hat, Täter sein; und bei einer normierten Handlung kann jeder, der die bestimmte Handlung nicht vorgenommen hat, allenfalls als Teilnehmer bestraft werden.

Für die Beteiligung eines Unterlassenden an einem Verhaltensdelikt bedeutet dies: Täter kann er immer nur bei Unterlassungstatbeständen sein, denn die Begehungstatbestände kann er ja nicht erfüllt haben.

> Die A erfährt, daß ihr Verlobter B den C umbringen will. Sie versucht den B mit allen Mitteln von dem Vorhaben abzubringen; sie droht, ihre Verlobung zu lösen, falls B die Tat ausführt; und schließlich, als B doch auf C geschossen hat, versucht A vergeblich das Leben des C zu retten.

A hat es unterlassen , die von § 138 in dieser Situation geforderte Handlung vorzunehmen. Für die tatbestandsmäßige Erfüllung dieses Vergehens ist das weitere Verhalten der A ohne jede Bedeutung, ebensowenig wie es die Beteiligungsfrage beeinflussen kann: A hat wegen der Nichtvornahme der gebotenen Anzeigehandlung des § 138 als Täter erfüllt.
Unabhängig hiervon ist zu prüfen, ob A keinen Schuld- bzw. Strafausschließungsgrund des § 139 für sich in Anspruch nehmen kann. Dies trifft nicht zu, so daß A auch für ihr täterschaftliches Verhalten zu bestrafen ist.

Nehmen mehrere in der tatbestandsmäßigen Situation nicht die gebotene Handlung vor, so hat jeder in seiner Person das Unrecht des Verhaltenstatbestandes erfüllt und jeder ist als Täter zu bestrafen.
Die Mehrzahl selbständiger Täterschaften anläßlich eines einheitlichen Geschehens kann man wie bei den anderen Täterbegriffen unter der Bezeichnung "Nebentäterschaft" zusammenfassen (1).

(2) Beihilfe

Legt ein Verhaltenstatbestand ein positives Tun als Tathandlung fest, so ist ein Unterlassender, der diesen Tatbestand nicht erfüllt hat, allenfalls als Gehilfe nach dem Verhaltenstatbestand zu bestrafen.

> Der Vater schreitet nicht dagegen ein, daß seine Kinder a und b miteinander den Beischlaf ausüben.

Es ist zunächst zu prüfen, ob A die von a und b begangene Blutschande als Garant zu verantworten hat.

Die Aufsichtspflicht über eine Person soll nicht nur Rechtsgüter schützen, wie oben - bei der Behandlung der rechtsgutschützenden Tatbestände - der Inhalt solcher mittelbarer Garantenpflichten beschrieben wurde. Der Garant ist vielmehr auch dafür verantwortlich, daß von der zu beaufsichtigenden Person keine Gefahren für die strafrechtlichen geschützten Bereiche des gesellschaftlichen Lebens ausgehen, die

---

1) Weil das Unrecht der Verhaltenstatbestände an die Person desjenigen, der den Verhaltenstatbestand erfüllt hat, gebunden und somit jede Zurechnung an eine dritte Person ausgeschlossen ist, sind alle Arten der Mehrtäterschaft bei Verhaltenstatbeständen stets "Nebentäter"; s. oben S. 79 f und 86 f sowie unten S. 396 ff.

sich nicht jeweils mit einem Rechtsgut identifizieren lassen. Der Aufsichtspflichtige soll nämlich verhindern, daß die zu beaufsichtigende Person kein "Unrecht" begeht. Von welcher Art dieses Unrecht ist, ob es rechtsgutsbeeinträchtigender oder schlicht sozialwidriger Natur ist, hat keinerlei Bedeutung.

Folgt man dieser Ansicht, die offensichtlich auch von dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 143 vertreten wurde (1), so trifft den A aufgrund seiner Aufsichtspflicht die Verantwortung für das blutschänderische Treiben seiner Kinder.
Weil a und b die in § 173 Abs.2 festgelegte Handlung eigenhändig ausführen, sind sie Täter dieses Straftatbestandes.
Durch bloßes Unterlassen kann A den Verhaltenstatbestand des § 173 nicht erfüllen. A ist demnach für das von seinen Kindern verwirklichte Unrecht verantwortlich, ohne selbst Täter zu sein: Er ist somit als Gehilfe wegen fehlender Tatbestandserfüllung zu bestrafen.
Die Beteiligung eines Unterlassenden an einem Verhaltenstatbestand, der ein bestimmtes positives Tun als Strafgrund festlegt, kann stets nur in der genannten Weise erfolgen: Der Unterlassende muß als aufsichtspflichtiger Garant für die Straftat des Handelnden verantwortlich sein und kann wegen der fehlenden Tatbestandserfüllung nur als Gehilfe bestraft werden.Mittelbare Täterschaft scheidet - wie noch darzustellen sein wird - mangels Zurechenbarkeit des Verhaltensunrechtes aus.

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 133 "strafrechtliche Verantwortung für Straftaten anderer Personen"

Ebensowenig wie ein Unterlassender an verhaltensgebundenen Begehungstatbeständen nur als Gehilfe und nie als Täter beteiligt sein kann, so kann er niemals an verhaltensgebundenen Unterlassungsdelikten als Gehilfe beteiligt sein; hier ist er entweder Täter oder gar nicht verantwortlich. (1)

> A sieht auf einem Spaziergang mit seinem Jungen B, daß C ertrinkt. A kann nicht schwimmen; B, der den C retten könnte, weigert sich. Obwohl A den B kraft seiner Autorität zur Rettung des C bewegen könnte, hält A den B nicht zur Vornahme der gebotenen Hilfshandlung an.

Da A und B weder unmittelbar für das Leben des C noch für die ihm drohende Gefahr verantwortlich sind, kommt hier nur eine Verantwortlichkeit nach § 330 c in Betracht. B hat den Tatbestand des § 330 c erfüllt und ist deshalb nach dieser Strafvorschrift als Täter zu bestrafen.
Die strafrechtliche Haftung des A kann - abgesehen von der Haftung nach § 143 (2) - aus seiner Beziehung zu C oder unmittelbar aus § 330 c abgeleitet werden. Hinsichtlich seiner Aufsichtspflicht gegenüber B ist zunächst zweifelhaft, ob A auch für das strafwürdige Unterlassen des B einzustehen hat. Wenn auch durchweg nur von "strafbaren Handlungen" gesprochen wird, die der Aufsichtspflichtige zu verhindern hat (3), wird man doch um des umfassenden Schutzes der

---

1) Dies gilt zumindest nach dem geltenden Recht für die Verhaltenstatbestände der §§ 138 und 330 c.
2) Das in dieser Vorschrift enthaltene Merkmal der "Handlung" ist auch wie in anderen Strafvorschriften extensiv als "Verhalten" auszulegen und erfaßt damit Tun und Unterlassen.
3) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 133; Baumann, Lehrbuch, S. 235; vgl. auch die vorstehende Anmerkung.

Rechtsordnung willen, den diese Garantenpflicht gewährleisten soll, auch die " strafbaren Unterlassungen" zu dem Bereich der zu beaufsichtigenden Verhaltensweisen zählen müssen.
Ist A also auch für das strafbare Unterlassen des B verantwortlich, so muß weiter gefragt werden, ob er als Täter oder Teilnehmer haftet. Dies hängt davon ab, ob A selbst den Tatbestand des § 330 c vollständig erfüllt hat. Demnach läuft die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des B, gleichgültig welchen Weg man einschlägt, stets auf die Frage hinaus, ob A das in § 330 c normierte Verhalten eigenhändig erfüllt hat.
A kann die unmittelbar rettende Handlung nicht selbst vornehmen, weil er nicht schwimmen kann. Der § 330c verpflichtet jedoch nicht nur zur Rettungshandlung selbst, sondern zu allen Tätigkeiten, die irgendwie zur Schadensabwehr führen; hierzu zählt auch die Benachrichtigung bzw. Aufforderung einer zur Hilfe geeigneten Person (1), soweit dies zur Abwendung des Schadens erforderlich ist.
Somit hat A unmittelbar gegen § 330 c verstoßen, denn B, der dem C direkt helfen konnte, war zu Hilfeleistungen nicht bereit, so daß A aus seiner Hilfspflicht nicht entlassen wurde. Die gebotene Hilfshandlung bestand für A darin, daß er den B nachdrücklich zur Befolgung seiner Rechtspflicht aufforderte.
A ist als Täter des § 330 c zu bestrafen, weil er selbst hilfspflichtig war und die erforderliche Hilfsmaßnahme nicht ergriffen hat.

---

1) Schönke-Schröder, § 330c RN 18; Welzel, Lehrbuch, § 68 I 1 a; vgl. auch oben S. 90

Die Lösung dieses Falles läßt sich auf alle verhaltensgebundenen Unterlassungstatbestände übertragen: Sofern jemand überhaupt als Unterlassender verantwortlich ist, trifft ihn stets die täterschaftliche Verantwortlichkeit; denn die Normierung eines strafbaren Unterlassens bedeutet ja, daß jeder, der sich in der tatbestandsmäßigen Situation befindet und nicht die gebotene Handlung vornimmt, diese unterlassen und somit den Tatbestand vollständig erfüllt hat. Anders als bei den verhaltensgebundenen Begehungsdelikten, wo nur die Vornahme eines bestimmten Tuns die täterschaftliche Verantwortung begründet, wirkt bei diesem Deliktstyp der Unterlassungsdelikte jedes Verhalten, welches nicht dem Handlungsgebot entspricht, innerhalb der tatbestandlichen Situation täterschaftsbegründend.
Bei diesen Unterlassungstatbeständen ist eine Beihilfe durch Unterlassen also ausgeschlossen.

(3) Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft

Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde festgestellt, daß aufgrund des personalen Charakters des Verhaltensunrechts die Täterschaftsformen Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft bei den Verhaltensunrechtstatbeständen nicht denkbar sind (1).

> Die Freunde A und B verabreden sich, den bevorstehenden Mordanschlag des C an dem D nicht anzuzeigen, da C immer nett zu ihnen war.

A und B sind Nebentäter des § 138, weil sie nicht die gebotene Anzeige des drohenden Verbrechens erstatten. Jeder ist für das eigene, von ihm verwirklichte

---

1) s. oben S. 79 f und 86 ff

Unrecht verantwortlich, so daß eine gemeinsame Straftat im Sinne des § 47 schon vom Unrechtsgehalt her nicht vorliegen kann.
Da nicht schon die Herrschaft über ein Geschehen, sondern nur die persönlich Vornahme der bestimmten Unterlassung über die Täterschaft entscheidet, könnte auch auf einer funktionellen Tatherrschaft eine Mittäterschaft nicht begründet werden. Auch der Gedanke der gemeinsamen Pflichtverletzung scheidet hier als mittäterschaftsbegründendes Merkmal aus, weil die Anzeigepflicht jeden einzelnen Adressaten gesondert und nicht beide bemeinsam trifft.

> A hat in dem Haus, das er mit B bewohnt, die Uhren um zwei Stunden vorgestellt. B stürzt plötzlich in die Wohnung und erzählt, daß er gerade von einem fürchterlichen Verbrechensplan erfahren habe. Weil nach der Wohnzimmeruhr die Tatzeit gerade verstrichen sein muß, habe es jedoch gar keinen Zweck mehr, den Plan dem A zu erzählen. Wenn er früher davon erfahren hätte, hätte B das geplante Verbrechen zur Anzeige gebracht. A klärt den B nicht über die verstellten Uhren auf.

Dieses Beispiel ähnelt in seinem Aufbau den sonstigen Fällen der mittelbaren Täterschaft, denn der Tatnächste verhält sich "blind" und der Hintermann überschaut das gesamte Geschehen (1). Dennoch ist A nicht als mittelbarer Täter verantwortlich, denn er steht - wegen seiner fehlenden Kenntnis über das drohende Verbrechen - nicht in der Situation, die gemäß § 138 die Anzeigepflicht begründet. Die Strafvorschrift des § 138 enthält keine Erkundigungspflicht, aufgrund welcher A verpflichtet wäre, den Plan von B zu erfragen, sondern erst mit der Kenntnis entsteht die Anzeigepflicht (2).

---

1) vgl. oben S. 92 und 271 ff
2) Schönke-Schröder, § 138 RN 6; Welzel, Lehrbuch, § 75 I 1 b S. 44o; vgl. auch oben S. 66

Das Unrecht dieses Tatbestandes wird durch das Zusammentreffen von Plankenntnis und Nichtanzeige erzeugt, wie sich deutlich aus seinem Wortlaut ergibt. Dieses persönliche Verhaltensunrecht kann nicht in eine Haftung für den Erfolg der Nichtanzeige umgedeutet werden - in der Weise, daß jeder aufgrund irgendwelcher Umstände für die Nichtanzeige des Verbrechens Verantwortliche nach § 138 zu bestrafen ist.
Selbst wenn also A aufgrund des von ihm hervorgerufenen Irrtums bei B das Unterlassen der Anzeige "verschuldet" hat, hat er nicht das Unrecht des § 138 erfüllt.
Keiner der Beteiligten ist also in dem Beispiel zu bestrafen. Dem Bfehlt wegen seines Irrtums der erforderliche Unterlassungsvorsatz und A steht außerhalb der tatbestandsmäßigen Situation, die ihn zur Anzeige verpflichtet, weil er das drohende Verbrechen nicht kennt.

Ein Unterlassender kann auch nicht mittelbarer Täter eines Verhaltensdeliktes sein, das ein positives Tun voraussetzt, weil er die verbotene Handlung selbst nicht vorgenommen haben kann.

> A und B waren verheiratet; aus ihrer Ehe stammen ihre gemeinsamen Kinder a und b. Nach der Scheidung hat die B zusammen mit dem ihr zugesprochenen Kind b ihren Mädchennamen wieder angenommen. Während eines Urlaubs lernen sich die Geschwister a und b kennen; sie wissen nicht von ihrer engen Verwandtschaft. A unternimmt nichts, als a und b sich immer näher kommen und schließlich auch den Beischlaf ausüben.

Die Kinder a und b sind wegen fehlenden Vorsatzes nicht nach § 173 zu bestrafen. Auch der A ist nach dieser Vorschrift nicht verantwortlich, denn er hat

das Unrecht dieser Vorschrift, das gerade in dem eigenhändigen, bewußten Vornehmen des gesetzlich mißbilligten Verhaltens besteht (1), nicht erfüllt. Auch hier, bei den verhaltensgebundenen Begehungsdelikten kann wegen des personalen Charakters des tatbestndlichen Unrechts ein Unterlassender weder Mittäter noch mittelbarer Täter sein.

2. Beteiligung an Unterlassungsdelikten

a. Beteiligung durch Unterlassen an Unterlassungsdelikten

Im vorstehenden Kapitel über die Beteiligung durch Unterlassen ist bereits an mehreren Stellen die kompliziert klingende Konstellation der "Beteiligung durch Unterlassen am Unterlassungsdelikt" in die Erörterung eingeflossen, ohne daß sie eine besondere Erwähnung fand: Dem Nebeneinander von Unterlassenden bei Herrschaftstatbeständen war wegen der besonderen Bedeutung der Herrschaftsfragen ein eigener Abschnitt gewidmet worden (2); sonst diente sie nur wie jede andere Konstellation der üblichen Erörterung der Beteiligungsabgrenzung.
Rückblickend kann festgestellt werden, daß die Beteiligung durch Unterlassen an Unterlassungsdelikten gar keine Sonderprobleme auf_wirft. Sie fügt sich in die normale Systematik der Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte ein und ist nach dem jeweiligen Täterbegriff zu bestimmen.

---

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 451 f
2) s. oben S. 298 - 317 "Der Unterlassende neben Unterlassenden"

Als Zusammenfassung der verstreuten Teillösungen soll hier noch kurz das Gesamtergebnis zusammengestellt werden.
Sind mehrere Unterlassende an einem Tatgeschehen beteiligt, so sind sie im Regelfalle alle als Täter verantwortlich. Es gibt praktisch nur zwei Ausnahmen: Ein Unterlassender erfüllt als treuhänderischer Garant das gesamte Unrecht eines normierten Pflichtdeliktes (z.B. § 266),und der andere Unterlassende ist z.B. als mittelbarer Garant nur für einen Teil des tatbestandlichen Unrechts verantwortlich; fehlt dann ein dasselbe Rechtsgut schützender Tatbestand, den der mittelbare Garant vollständig und damit täterschaftlich verwirklichen kann, so ist er nur als Teilnehmer eines Pflichtdeliktes - wegen fehlender Tatbestandserfüllung - verantwortlich (1).
Der zweite Ausnahmefall liegt dann vor, wenn durch die Beteiligung eines Handelnden an dem Tatgeschehen die Stellung des einen Unterlassenden verändert wird, ohne daß auch die Beteiligung des anderen Unterlassenden dadurch berührt wird:

> A und B schauen untätig zu, wie C den D umbringt. A ist der Vater des C, und B ist der Vater des D.

C ist Begehungstäter gemäß § 212. Sein Vater A ist als mittelbarer Garant für den Tod des D verantwortlich, wegen der Handlungsherrschaft des C jedoch nur als Gehilfe.
B ist unmittelbarer, treuhänderischer Garant für das Leben seines Kindes D und als solcher unabhängig von

---

1) vgl. oben S. 371. Wegen der Fassung des Gesetzes gibt es im Bereich des Täterbegriffs der Tatherrschaft nur wenige Fälle der differenzierten Beteiligung von Unterlassenden an einem Tatgeschehen, vgl. dazu oben S. 305 ff.

den Herrschaftsverhältnissen Täter des Unterlassungspflichttatbestandes § 212. Hier sind aufgrund des Handelnden C die Unterlassenden B und A als Täter bzw. als Gehilfe an demselben Geschehen beteiligt.

b. Beteiligung durch positives Tun am Unterlassungsdelikt

Im Anhang dieser Arbeit wird die Ansicht dargelegt, daß es sich beim positiven Tun und beim Unterlassen um zwei selbständige und unabhängig voneinander zu beurteilende Verhaltensweisen handelt (1). Dementsprechend wurden die Merkmale für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen allein aus der Eigenart dieser Verhaltensweise und dem jeweiligen Straftatbestand abgeleitet. Es ist nur konsequent, wenn nunmehr zur Frage der Beteiligung von Handelnden an Unterlassungsdelikten auf die Grundsätze verwiesen wird, die für die Beteiligungslehre der Begehungsdelikte erarbeitet wurden.

Beteiligt sich also ein Delinquent durch positives Tun an einem Unterlassungsdelikt - oder besser: an einem Tatgeschehen, an dem auch ein Unterlassender beteiligt ist -, so bestimmt sich die Art seiner Beteiligung allein nach den Merkmalen, die bei Begehungsdelikten Täterschaft und Teilnahme voneinander abgrenzen. Die Tatsache, daß der Tatbeitrag eines Beteiligten in einem Unterlassen besteht, ist ohne jede Bedeutung für die Beteiligungsform des Handelnden.

Bei einem Herrschaftsdelikt richtet sich die Beteiligungsform des Handelnden danach, ob er kraft der

---

1) s. die Ausführungen auf den Seiten 25 ff und unten S. 425 ff

Handlungs-, Willens- oder funktionellen Herrschaft der Tatherr des tatbestandsmäßigen Geschehens ist oder ohne eine solche Macht über das Geschehen daran teilnimmt. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Unterlassende Tatherr ist oder ob durch die unmittelbare, treuhänderische Garantenpflicht des Unterlassenden das Herrschaftsdelikt in ein Unterlassungs-Pflichtdelikt umgewandelt und dadurch für den Unterlassenden der Pflichttäterbegriff maßgebend wird.

Bei den normierten Pflichtdelikten wird der Handelnde immer als Täter behandelt, wenn er Träger der Sonderpflicht ist und das tatbestandliche Unrecht vollständig erfüllt hat.
Bei den Verhaltenstatbeständen hängt die täterschaftliche Verantwortlichkeit des Handelnden davon ab, ob er das tatbestandlich festgelegte Verhalten vorgenommen oder, ohne den Tatbestand auf diese Weise zu erfüllen, an ihm teilgenommen hat (1).

Es ist demnach also durchaus nicht ausgeschlossen, daß ein Handelnder wegen fehlender Tatherrschaft, Sonderpflichtverletzung oder fehlender Erfüllung des Verhaltenstatbestandes als Gehilfe oder Anstifter an einer Unterlassungstat teilnimmt (2).

Dieses Ergebnis widerspricht der These Kaufmanns, daß es weder Anstiftung noch Beihilfe zum Unterlassungsdelikte geben könne (3).

---

1) vgl. zur Beteiligungslehre der Begehungsdelikte die unfassende Abhandlung von Roxin, Täterschaft, S. 353 - 452
2) vgl. z.B. oben S. 371 f
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 19o ff; vgl. auch Grünwald, Diss., S. 124 ff; Welzel, Lehrbuch, § 27 A V 2, 3

Es sollen nun nicht noch einmal die Gründe für die Ablehnung dieser These im einzelnen dargelegt werden, sie sind in dieser Arbeit bereits mehrfach genannt worden: Dadurch daß Kaufmann seine Unterlassungsdogmatik nicht auf dem tatbestandlichen Unrecht aufbaut, das nach dem Wesen des Strafrechts Grundlage der Verbrechenslehre ist und auch für Begehungs- und Unterlassungsdelikte die Basis bildet, sondern auf dem Merkmale des finalen Handlungsvorsatzes, den ein Unterlassender naturgemäß nicht besitzen kann (1), kommt er zwangsläufig zu seiner These von der Unmöglichkeit der Begehungsteilnahme an Unterlassungsdelikten.
Daß abgesehen von dem fehlerhaften Ergebnis weder die Argumentation stichhaltig ist, noch die aufgeführten Beispielsfälle seine These zu stützen vermögen, hat Roxin überzeugend dargelegt; auf diese Ausführungen kann hier vollinhaltlich verwiesen werden (2).

Anstiftung und Beihilfe von Handelnden an Unterlassungsdelikten sind dogmatisch und wertmäßig möglich, denn die Voraussetzungen, unter welchen ein Tun nach der Beteiligungslehre der Begehungsdelikte zu einer dieser Teilnahmeformen zu rechnen ist, können von einem Handelnden auch neben einem Unterlassungstäter verwirklicht werden und sind unabhängig von diesem zu bewerten.

> Nach einem Verkehrsunfall schickt sich R an, dem Verunglückten Hilfe zu leisten. Der G veranlaßt den R durch Hingabe eines 1oo-DM-Scheines zur Weiterfahrt (3).

---

1) s. oben S. 13 ff, 163 f
2) Roxin, Täterschaft, S. 51o ff
3) Beispiel von Kaufmann, Dogmatik, S. 196

Ist dieser Fall nach § 212 zu beurteilen, weil R als Garant für die Verletzungsursache (z.B. aus Ingerenz) oder unmittelbar für das Leben des Verunglückten (z.B. als dessen Vater) die Verantwortung trägt, so ist G wegen fehlender Tatherrschaft über das tatbestandsmäßige Geschehen des § 212 Anstifter. Außerdem ist er nach § 330 c verantwortlich, denn den G trifft - wie jeden Bürger - in einem solchen Unglücksfall die Pflicht zur Hilfeleistung.

Ist R nicht Träger einer Garantenpflicht und sein Verhalten ebenfalls nur nach § 330 c zu beurteilen, so ist auch für das Verhalten des G allein dieser Tatbestand entscheidend (1). Der G ist aufgrund des Nichthelfens selbst Täter des § 330 c und aufgrund seines Tuns Anstifter zu der - gegenüber seiner Tat selbständigen - unterlassenen Hilfeleistung durch R.

Da G durch sein Verhalten zwei selbständige Unrechtsgeschehnisse verwirklicht hat, nämlich das Verhaltensunrecht in seiner Person und das gleiche Unrecht in der Person des R, dürfen die Anstiftung zu § 330 c und die Täterschaft des § 330 c nicht zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammengezogen werden, sondern müssen in der Form der Realkonkurrenz als zwei eigenständige Straftaten strafrechtlich bewertet werden (2).

---

1) Denn durch das bloße anstiftende Einwirken auf den R hat er diesen nicht als Schutzinstanz beseitigt; vgl. oben S. 68 Anm.1.
Dazu, daß G wegen des anstiftenden Einwirkens auf R nicht als Garant aus vorangegangenem Tun und damit nicht als Unterlassungstäter haften kann, vgl. oben S. 320 ff.

2) Dazu, daß hier keine Handlungseinheit vorliegt, vgl. unten S. 451 f; es bleibt nur noch die Form der Realkonkurrenz, vgl. unten S. 442.

Die unterschiedliche Bewertung des positiven Tuns des G in Abhängigkeit von der von R verwirklichten Unterlassungstat ist keineswegs ungewöhnlich; sie beruht allein darauf, daß die Teilnahme nach der Fassung des Gesetzes in der Regel (1) nicht als selbständige Strafvorschrift normiert ist, sondern durch die Vorschriften des Allgemeinen Teils mit der Haupttat verknüpft wird (2). So richtet sich auch die Bestrafung des Ganoven, der dem Delinquenten die Ausrüstungsgegenstände für das geplante Verbrechen liefert, nach der von den Haupttätern durchzuführenden Straftat, auch wenn das Verhalten des Ganoven stets gleichartig ist.
Kaufmanns Argument, daß der Handelnde auch unter Wertgesichtspunkten in dieser Konstellation als Täter neben dem Unterlassenden erscheine, ist also nicht überzeugend.

Zusammenfassung

a. Ob ein Delinquent als Täter oder Teilnehmer an einem Tatgeschehen beteiligt ist, entscheidet sich nach den Grundsätzen, die nach dem jeweils verwirklichten Straftatbestand für dessen täterschaftliche Erfüllung erforderlich sind.
Für die Begehungs- und Unterlassungsdelikte sind dies - je nach dem Inhalt des tatbestandlichen Unrechts - die Prinzipien der Tatherrschaft, der

1) anders z.B. §§ 49 b, 257
2) Dies wird besonders deutlich durch die Bestimmung des § 27 Abs.2 Satz 2 des 2. StrRG, daß die Strafe für den Gehilfen sich nach der Strafdrohung für den Täter richten muß.

Sonderpflichtverletzung und des persönlichen Verhaltens. Trotz einer weitgehenden Übereinstimmung dieser Täterbegriffe wird die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme für jede Verhaltensart selbständig nach eigenen Regeln durchgeführt.

b. Hat sich ein Delinquent wegen Unterlassens einer gebotenen Handlung strafbar gemacht, so hängt die Art seiner Beteiligung zunächst davon ab, aus welchem Prinzip sich die Täterschaft in dem von ihm erfüllten Tatbestand ergibt:

Die Täterbegriffe der Tatherrschaft und der Sonderpflichtverletzung sind für die rechtsgutschützenden Straftatbestände (= unechten Unterlassungsdelikte) maßgebend;
- wird dem Unterlassenden das rechtsgutsbeeinträchtigende Tatgeschehen zugerechnet, weil er für die Ursache dieser Gefahr verantwortlich ist oder weil er verpflichtet ist, die betreffende Gefahr von einem Rechtsgut abzuwehren, so hängt seine Täterschaft davon ab, ob er die Tatherrschaft über das rechtsgutsbeeinträchtigende Geschehen besitzt;
- ist der Unterlassende als treuhänderischer Garant für den Bestand des ihm anvertrauten Rechtsgutes verantwortlich oder steht er in einer anderen tatbestandlich normierten Sonderpflicht zu einem geschützten Rechtsgut, so ist die Verletzung dieser besonderen Pflichtbeziehung zwischen ihm und dem Rechtsgut Voraussetzung für seine Täterschaft.

Bei den verhaltensgebundenen Tatbeständen (= echten Unterlassungsdelikten) kann der Unterlassende nur dann Täter sein, wenn er das bestimmte Verhalten selbst erfüllt hat.

Diese Täterbegriffe führen im einzelnen zu den folgenden Abgrenzungen von Täterschaft und Teilnahme:

(1) Das Tatherrschaftsprinzip

(a) Die Entscheidungsgewalt - nämlich die Macht des Unterlassenden, daß der Tatverlauf zu einem gewissen Zeitpunkt in seinen Händen liegt - verleiht dem Garanten die Unterlassungsherrschaft über den Tatverlauf, für den er verantwortlich ist.
Durch die Unterlassungsherrschaft wird der Unterlassende nur dann zum Tatherrn, wenn nicht die Tatherrschaft eines Handelnden die latente Unterlassungsherrschaft überspielt. Ein nicht_treuhänderischer Garant kann also aufgrund der Unterlassungsherrschaft nur in dem Falle Täter sein, wenn das von ihm zu verantwortende Tatgeschehen ungesteuert ist.
Beherrscht ein Handelnder aufgrund seines positiven Tuns das dem Garanten zuzurechnende Geschehen, so kann dieser trotz seiner Unterlassungsherrschaft für das Unterlassen nur als Gehilfe bestraft werden.
Die Verantwortlichkeit eines Garanten als Gehilfe kann auch darauf beruhen, daß er nur einen Teil der Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes erfüllt hat.

(b) Ein Unterlassender kann nur den einen Beitrag zu einer Straftat leisten, daß er die gebotene Hinderungshandlung nicht vornimmt. Dieser Tatbeitrag kann für die Begehung der Straftat nicht in dem

konstruktiven Sinne unerläßlich sein, daß der Unterlassende dadurch die funktionelle Tatherrschaft über die gesamte Straftat erlangt. Da die funktionelle Tatherrschaft im Bereich des Tatherrschaftsprinzips die Mittäterschaft begründet, ist diese Täterschaftsform hier nicht denkbar.

(c) Benutzt der für das Tatgeschehen verantwortliche Garant pflichtwidrig gegenüber einem Handelnden dessen Irrtum, Zwangslage oder seinen organisatorischen Machtapparat zur Erreichung des von ihm gewünschten Taterfolges, so ist er mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft über den Handelnden. In diesem Falle werden dem Unterlassenden die nicht personengebundenen Tatmerkmale zugerechnet, die der von ihm beherrschte Handelnde erfüllt hat.

(d) Die mittelbare Täterschaft ist theoretisch auch zwischen Unterlassenden möglich, doch ist nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes schwerlich ein Fall denkbar, in dem diese Art der Täterschaft eine tatsächliche Bedeutung erlangen könnte.

(2) Das Pflichtprinzip

(a) Das Pflichtprinzip kann in zwei Fällen über die Beteiligungsart des Unterlassenden entscheiden: Ist der Unterlassende als treuhänderischer Garant für den Bestand des Rechtsgutes, das durch einen reinen Verletzungstatbestand geschützt wird, verantwortlich, so ist ohne Rücksicht auf die Verteilung der Tatherrschaft die Verletzung dieser besonderen Pflichtbeziehung für seine Täterschaft entscheidend. Ist der rechtsgutschützende Tatbestand als

Pflichtdelikt normiert, so hängt die Täterschaft des Unterlassenden von der Erfüllung der tatbestandlich festgelegten Pflichtbeziehung ab.

(b) In jedem Fall ist für die Täterschaft des Unterlassenden zudem erforderlich, daß er das gesamte tatbestandliche Unrecht, d.h. alle im Tatbestand enthaltenen Unrechtsmerkmale erfüllt.

(c) Werden mehrere Verantwortliche, seien es Handelnde oder Unterlassende, aufgrund einer gemeinsamen Verletzung der gemeinsamen Sonderpflicht für die Rechtsgutsverletzung bestraft, so können sie als Mittäter bezeichnet werden.
Da hierdurch keine "Aufwertung" wie bei den Herrschaftstatbeständen der Begehungsdelikte erfolgen kann, müssen die Mittäter bereits aufgrund des persönlich erfüllten Unrechts Täter des betreffenden Pflichttatbestandes sein.

(d) Die auf dem Herrschaftsprinzip aufbauende Täterform der mittelbaren Täterschaft ist hier wegen des Pflichtprinzips nicht möglich.

(3) Das Prinzip des persönlichen Verhaltens

(a) Dieses Prinzip ist bei solchen Tatbeständen anwendbar, die ohne Rücksicht auf eine Rechtsgutsverletzung ein Verhalten als solches mit einer Strafdrohung versehen.

(b) Täter ist ein Unterlassender, wenn er die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Verhaltenstatbestandes persönlich erfüllt hat. Das ist nur möglich, wenn in dem Straftatbestand ein Unterlassen als strafbares Verhalten festgelegt ist.

(c) Gehilfe kann der Unterlassende nur an verhaltensgebundenen Begehungsdelikten sein.

Das System der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme für strafbares Unterlassen

Abgrenzungsgrundsatz	Merkmal der Täterschaft	Merkmal der Beihilfe (Beim Fehlen einer Haupttat: Straflosigkeit)
1. Prinzip der Tatherrschaft gilt bei der Beteiligung von nicht-treuhänderischen Garanten an rechtsgutschützenden Straftatbeständen, die keine besondere Pflichtbeziehung enthalten		
	a. Unterlassungsherrschaft (Allein- und Nebentäter) = Entscheidungsgewalt des Unterlassenden über das Geschehen - sofern nicht	ein Handelnder dasselbe Tatgeschehen durch positives Tun beherrscht
	- sofern nicht	die Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes nur teilweise vom Unterlassenden erfüllt sind
	b. Willensherrschaft (mittelbarer Täter) = pflichtwidriges Ausnutzen des Irrtums, der Zwangslage des Beteiligten oder des organisatorischen Machtapparates zur Verwirklichung des eigenen Tatplanes - sofern nicht	die von dem anderen Beteiligten erfüllten Unrechtsmerkmale wegen ihres personalen Charakters nicht dem Unterlassenden zugerechnet werden können.

Abgrenzungs-grundsatz	Merkmal der Täterschaft	Merkmal der Beihilfe (Beim Fehlen einer Haupttat: Straflosigkeit)

2. Prinzip der Sonderpflichtverletzung

gilt 1. bei der Beteiligung treuhänderischer Garanten an rechtsgutschützenden Straftatbeständen, die keine normierte Pflichtbeziehung enthalten (Unterlassungs-Pflichtdelikte)

2. bei normierten Pflichtdelikten

a. Verletzung der Sonderpflicht (Allein- und Nebentäter) als treuhänderischer Garant oder durch Erfüllen der normierten Sonderpflicht
- sofern nicht ..... die Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes nur teilweise vom Unterlassenden erfüllt sind

b. Gemeinsame Verletzung der gemeinsamen Sonderpflicht (Mittäter)
- sofern nicht ..... die Unrechtsmerkmale des Straftatbestandes nur teilweise vom Unterlassenden erfüllt sind

3. Prinzip des persönlichen Verhaltens

gilt bei allen Straftatbeständen, die lediglich ein Verhalten voraussetzen

a. Erfüllen eines normierten Unterlassens

b. _____ Beteiligung am normierten Handeln

3. Die Beteiligung am Selbstmord durch Unterlassen

Die Weigerung des Gesetzgebers, das auch unter ethischen Gesichtspunkten sehr umstrittene Problem des Selbstmordes zu regeln, hat nicht nur im Strafrecht zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit geführt (1). Hier wird jedoch nicht zuletzt wegen des Gesetzlichkeitsprinzips und des daraus abzuleitenden Verbots, die Bestrafung nach Zweckmäßigkeitserwägungen auszurichten, die Auseinandersetzung um diese Frage mit besonderer Heftigkeit geführt (2). Ein entscheidender Streitpunkt ist hierbei, ob und unter welchen Voraussetzungen die unterlassene Selbstmordhinderung strafbar ist (3).
Entsprechend der Bestimmung des Strafgesetzbuches, das jede Fremdtötung unter Strafe stellt und zum Selbstmord schweigt - womit dieser und jede Teilnahme daran einer Strafdrohung entzogen sind -, wird auch beim Unterlassen gefragt, ob es als Teilnahme am Selbstmord zu behandeln und damit straflos ist oder ob es als eine täterschaftliche Fremdtötung und folglich als strafbares Verhalten angesehen werden muß.
So gesehen ist das Problem der unterlassenen Selbstmordhinderung identisch mit dem hier behandelten Beteiligungsproblem. Muß der Unterlassende aufgrund seines pflichtwidrigen Verhaltens als Täter für den Tod des "Selbstmörders" zur Verantwortung gezogen werden, so liegt für ihn die selbständige Haupttat einer Fremdtötung vor und er muß demzufolge gemäß § 216 (4) bestraft

---

1) vgl. z.B. zur Polizeipflichtigkeit des Selbstmordes Drews-Wacke S. 79
2) vgl. nur Schönke-Schröder, Vorbem. § 211 RN 17 und die dort Genannten sowie Simson-Geerds S.65 ff
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 473; Gallas JZ 1960, 649 ff, 686 ff; Böhm, Diss., S. 35 ff; Grünwald GA 1959, 120; Heinitz JR 1954, 403; Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 149 ff; Herzberg, Unterlassung, S. 265 ff und die dort in Anm.28 Genannten
4) Das in dem Selbstmord sich äußernde Verlangen nach dem Tod muß sich ebenso auf die Bestrafung des Unterlassenden wie des Handelnden auswirken, den die Verantwortung für den Tod trifft; Gallas JZ 1960, 688; Maurach, BT § 1 II D; Schönke-Schröder, Vorbem. § 211 RN 17. Der Wille des Selbstmörders, aus dem Leben zu scheiden, kann jedoch nur dann iSd. § 216 beachtlich sein, wenn

werden. Ist der Unterlassende dagegen nur als Teilnehmer verantwortlich, so liegt als Haupttat der straflose Selbstmord vor und der Unterlassende ist somit nur Gehilfe an einer straflosen Haupttat - und mithin selbst straflos.

Das Abwälzen der Probleme um den Selbstmord auf die Beteiligungslehre ist mit Recht heftig kritisiert worden (1), denn hier geht es um die legislatorische Frage, inwieweit der Schutz des Lebens auch gegenüber dem Willen des Trägers dieses Rechtsgutes durchzusetzen ist. Zudem birgt die Behandlung dieses Problems innerhalb der Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte die Gefahr in sich, daß die Strafbarkeit im Bereich des Selbstmordes entsprechend der Tendenz der Praxis unkontrollierbar ausgedehnt wird, weil es der Auslegung des ohnehin ungeschriebenen Begriffes der Unterlassungstäterschaft überlassen bleibt, wo die Grenze für die strafbare Beteiligung am Selbstmord zu ziehen ist (2). Die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte ist also auf jeden Fall mit der Lösung des Selbstmordproblems überfordert.
Solange jedoch der Gesetzgeber nicht darangeht, diese Materie einer klärenden Regelung zu unterziehen, muß die Praxis mit den unzulänglichen Strafvorschriften und der Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte die verschiedenen Konstellationen der unterlassenen Selbstmordhinderung in befriedigender Weise lösen können. Insoweit muß also eine Beteiligungslehre schon jetzt zu Ergebnissen führen, die nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes materiell tragbar sind.

Man kann sogar noch einen Schritt weitergehen und der Problematik um die unterlassene Selbstmordhinderung eine besondere Funktion in der Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte zuweisen: Die Trennung zwischen täterschaftlichem und teilnehmendem Verhalten wird bei der geltenden Regelung besonders

---

er ernsthaft und ausdrücklich geäußert wurde. An der Ernsthaftigkeit kann es fehlen, wenn der Selbstmörder nicht die nötige Einsichtsfähigkeit besitzt; vgl. dazu unten S. 417, 418 Anm.1. Ähnlich Herzberg, Unterlassung, S. 268

1) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 473; Gallas JZ 1960, 689; Schönke-Schröder, Vorbem. § 211 RN 17; Arzt ZStW 83, 33 unter Hinweis auf § 103 AE

2) s. Simson-Geerds S. 72 f

deutlich; denn täterschaftliches Unterlassen der Selbstmordhinderung ist strafbar und teilnehmendes straffrei. Da dies im Grundsatz mit der liberalen Auffassung über den Selbstmord übereinstimmt, wonach der Selbstmord an sich straflos ist, die täterschaftliche Verantwortlichkeit eines Dritten für den Tod des Selbstmörders jedoch Strafe verdient, kann gerade das Problem der unterlassenen Selbstmordhinderung ein wichtiger Prüfstein für die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte sein.
Deshalb soll zum Schluß der Untersuchung über die Abgrenzung von Unterlassungstäterschaft und -teilnahme die hier entworfene Beteiligungslehre an den Selbstmordkonstellationen durchgespielt werden.

Wer als Garant zur Verhinderung eines Selbstmordes verpflichtet ist, ohne daß ihm das gefährdete Leben treuhänderisch anvertraut wurde, bleibt wegen des Unterlassens im Regelfall straflos (1). Das liegt darin begründet, daß bei den hier in Betracht kommenden Straftatbeständen zum Schutze des Lebens sowie der nicht-treuhänderischen Garantenpflicht das Tatherrschaftsprinzip über die Beteiligung des Unterlassenden entscheidet und ihm nach diesen Regeln wegen des tatbeherrschenden Verhaltens des handelnden Selbstmörders nur die Rolle eines Gehilfen verbleibt.
Der Unterlassende nimmt somit an der nicht tatbestandsmäßigen und damit straflosen Haupttat des Selbstmörders teil und kann deshalb auch nicht wegen Beihilfe zu einer "mit einer Strafe bedrohten Handlung" (§ 49) bestraft werden.

> Der Apotheker läßt während der Geschäftszeit pflichtwidrig den Giftschrank offenstehen. Eines Tages stürzt der Selbstmörder S in den Laden des A, sucht nach dem Giftschrank und nimmt das dort frei zugängliche Gift. A verhindert dies nicht.

A ist mittelbarer Garant für das Leben des S, weil er die Gefahren, die aus dem in seiner Obhut stehenden

---

1) Die Frage, ob im Falle eines Selbstmordes ein Außenstehender nach § 330 c zu bestrafen ist, betrifft nur die Auslegung des Begriffes "Unglücksfall" und soll hier deshalb außer Betracht bleiben; vgl. dazu Gallas JZ 1960, 649; Schwalm, Engisch-Festschrift, S. 555; Kaczar NJW 1962, 479; BGHSt 6, 142

Gift für fremdes Leben entstehen können, beaufsichtigen und zurückdrängen muß. S hat das Geschehen zielbewußt gesteuert und beherrscht. An dieser nicht tatbestandsmäßigen Handlung des S hat A nur teilgenommen, denn durch das rechtswidrige Nichtausüben seiner Entscheidungsgewalt hat er die Tat des S faktisch unterstützt. Da die Handlung des S nicht mit Strafe bedroht wird, bleibt auch A straffrei.

Hieraus läßt sich eine wichtige Folgerung ziehen: S ist durch sein zielgerichtetes Handeln zum Tatherrn über das Geschehen geworden; diese Herrschaft verliert er nicht, solange das Geschehen so, wie er es beabsichtigte, abläuft - auch wenn das Tatgeschehen sich seiner Eingriffsmöglichkeit entzieht, weil er das Bewußtsein verliert (1). Auch wenn S also langsam stirbt und nach dem Verlust seiner Handlungsfähigkeit noch eine Rettungsmöglichkeit bestand, kann A nicht zum Tatherrn und damit zum Täter eines Tötungsdeliktes aufrücken, denn - solange das Geschehen den von S geplanten und durch sein Eingreifen bewirkten Verlauf nimmt -, bleibt S der Tatherr des Selbstmordgeschehens. Die Handlungsherrschaft wird nämlich nicht von der Eingriffsmöglichkeit begründet, sondern allein von der finalen Gestaltung des Geschehens durch bewußte Eingriffe.

Weil die Unterlassungsherrschaft des nicht-treuhänderischen Garanten diesem - im Normalfall - neben dem Selbstmörder die Rolle eines straflosen Selbstmordgehilfen zuweist, kann ein Unterlassender aufgrund seines vorangegangenen Tuns, das nach Begehungsregeln nur Beihilfe zum Selbstmord wäre, nicht über den Umweg der Unterlassungstäterschaft doch noch für den Tod des Selbstmörders zur Verantwortung gezogen werden.
Darauf gründen sich die wesentlichen Bedenken, die bisher stets gegen die Beteiligungslösung des Selbstmordproblems angeführt wurden: Wenn A dem S die Schlinge reicht und dies nur straflose Begehungsbeihilfe zum Selbstmord ist, dann darf

---

1) So jetzt auch Gallas JZ 1960, 689 im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht JZ 1952, 372 f; seine frühere und hier abgelehnte Ansicht wird geteilt von Niese JZ 1953, 175 und Kielwein GA 1955, 227; zum Ganzen vgl. Roxin, Täterschaft, S.474 f und oben S. 170ff und 204 ff.

das nachfolgende Unterlassen, das wegen des Überreichens der Schlinge gegen die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun verstößt, nicht zur Bestrafung führen (1).
Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Forderung erfüllt, denn die mittelbare Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun kann dem Unterlassenden - ohne das Hinzutreten weiterer, die Tatherrschaft begründender Umstände - nicht die täterschaftliche Verantwortung für den Tod des Selbstmörders auferlegen.

Die nicht-treuhänderische Garantenstellung schließt jedoch auch nicht aus, daß der Unterlassende unter bestimmten Umständen als Täter für die Verletzung des Lebens des Selbstmörders verantwortlich und damit gemäß § 216 bzw. §§ 211 f zu bestrafen ist.

> Der Arzt A hat dem S zur Verdauungsförderung das Medikament X verschrieben. Völlig überraschend und unvorhersehbar gerät S durch das Medikament in schwere Depressionen und will sich schließlich das Leben nehmen.
> A unternimmt nichts und S erschießt sich.

Wegen des vorangegangenen Tuns an sich ist der A nicht strafbar; seine Haftung könnte sich nur aus dem nachfolgenden Unterlassen ergeben. Weil es sich beim Verabreichen von Medikamenten um eine an sich gefährliche Sache handelt, entsteht für den Arzt die Pflicht, alle daraus entstehenden Gefahren für den Patienten abzuwenden (2). Durch

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 211 RN 17; Schwalm Engisch-Festschrift, S. 557 These 3; Roxin, Täterschaft, S. 475 f und die in sich konsequente Auffassung Maurachs, BT § 1 II D

2) Generell gefährliche Verhaltensweisen brauchen nicht pflichtwidrig zu sein, um eine Garantenpflicht zu erzeugen. Es ist also der Gedanke der Gefährdungshaftung, der hier die Garantenpflicht entstehen läßt (vgl. oben S. 30 Anm.1). Wenn auch das Verhalten an sich erlaubt ist, so hat doch der Handelnde dafür zu sorgen, daß niemand Schäden aufgrund seines gefährlichen Verhaltens davonträgt; vgl. dazu die Haftung von Kfz-Halter und -führer sowie die Gastwirtsentscheidung des BGHSt 19, 152; Welp S. 211. Scheidet man dagegen alle Fälle der Ingerenz als nicht haftungsbegründende Verhaltensweisen aus, wie Schünemann es fordert, so wird die Selbstmordproblematik erheblich vereinfacht (s. Schünemann S. 313)

seine Pflichtverletzung konnte sich die von ihm zu verantwortende Gefahr gegenüber S realisieren, so daß A für den Tod des S verantwortlich ist.

S hat sich durch bewußtes und zielgerichtetes Handeln das Leben genommen; er ist somit im Besitz der Handlungsherrschaft. Dennoch ist er nicht Tatherr, denn seine Willensentscheidung wurde durch depressiven Zwang beeinflußt. Dieser Zwang liegt im Verantwortungsbereich des A, der demzufolge die Willensherrschaft über S besaß. A ist also mittelbarer Täter durch Unterlassen über den handelnden S (1).
Da der Selbstmordwille des S hier auf dem medikamentbedingten "Rauschzustand" beruht, besitzt er nicht die in § 216 vorausgesetzte Qualität. A ist hier also ausnahmsweise nach § 212 zu bestrafen.

Auch in allen anderen Fällen der Willensherrschaft über den Selbstmörder ist der nicht-treuhänderische Garant wegen Unterlassens der Selbstmordhinderung als mittelbarer Täter einer Fremdtötung zu bestrafen.
Darüberhinaus kann ein solcher mittelbarer Garant neben einem Selbstmörder nicht für dessen Tun verantwortlich gemacht werden, denn er kann nicht die funktionelle Tatherrschaft über das ablaufende Geschehen erlangen und deshalb nicht "Mittäter des Selbstmordes" werden.
Damit kann nach der oben entworfenen Beteiligungslehre der nicht-treuhänderische Garant selbst beim einverständlichen Verhalten mit dem Selbstmörder aufgrund seines Unterlassens niemals Täter einer Tötung "eines anderen Menschen" sein. Diese Verantwortung kann er nur unter den Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft auf sich laden.

Für einen treuhänderischen Garanten führt dagegen die Nichthinderung des Selbstmordes stets zu einer täterschaftlichen Bestrafung gemäß §§ 211 ff. Aufgrund seiner Sonderpflichtbeziehung hat er unmittelbar für die Erhaltung des Lebens einzustehen, das der Selbstmörder auslöschen will. Die Verantwortlichkeit des Garanten für das bedrohte Leben folgt allein aus der Verletzung der Sonderpflicht und somit dem Pflichttäterbegriff. Nach der von ihm erfüllten Tat wird nicht das eigene, sondern

---

1) vgl. auch Woerner S. 92:"Mittelbare Täterschaft, falls der Selbstmörder Willensmängel hat".

fremdes Leben verletzt; er begeht also eine tatbestandsmäßige Unterlassung gemäß § 216 beziehungsweise gemäß §§ 211 ff - je nach der Beachtlichkeit des Selbstmörderwillens.

> Die Eltern sehen tatenlos zu, wie ihr Kind sich das Leben nimmt.

Die Eltern sind als treuhänderische Garanten für das Leben ihres Kindes verantwortlich. Durch das Unterlassen einer Hinderungshandlung haben sie ihre Sonderpflicht verletzt und sind demzufolge als Pflichttäter nach § 212 zu bestrafen (1).

Strafbarkeit und Straflosigkeit der unterlassenen Selbstmordhinderung lassen sich somit grob nach der Garantenstellung des Unterlassenden trennen: Ist dieser ein treuhänderischer Garant für das Leben des Selbstmörders, so ist er wegen der unterlassenen Selbstmordhinderung nach den Vorschriften über die Verbrechen wider das Leben zu bestrafen (2); andernfalls bleibt er - wie ein Außenstehender - in der Regel nach diesen Vorschriften straflos.

Sieht man einmal von der Möglichkeit der Willensherrschaft ab, dann läuft also diese "Beteiligungslösung" der Selbstmordproblematik schließlich doch auf eine "Garantenpflichtlösung" hinaus, in der Weise nämlich, daß die inhaltliche Zuordnung der Garantenpflicht zum Gedanken der Treuhänderschaft über die Strafbarkeit des an einem Selbstmord beteiligten Unterlassenden entscheidet (3).

---

1) Es kommt hier darauf an, inwieweit der Selbstmordwille des Kindes schon als ernsthaft angesehen werden kann; das ist eine Tatfrage; vgl. Frank § 216 Anm. II 2; Herzberg, Unterlassung, S. 268; im Ergebnis ebenso Schwalm, Engisch-Festschrift, S. 554 ff
2) Die Strafbarkeit nach § 330 c ist unabhängig davon zu beurteilen, vgl. dazu oben S. 414 Anm. 1.
3) vgl. Roxin, Täterschaft, S. 473 f, wo jedoch das Schwergewicht auf die Frage gelegt wird, ob die Selbstmordhinderung an sich von den anerkannten Garantenpflichten erfaßt wird; daß dieser Gedanke eventuell auch die hier vertretene Lösung modifizieren muß, weil die Besonderheit des Lebensschutzes (z.B. gegenüber dem Vermögensschutz, wo die Einwilligung des Vermögensinhabers stets die Strafbarkeit als ganze ausschließt) hier eine weitere Modifizierung der Verantwortlichkeit verlangt, soll nicht ausgeschlossen werden. Die hier vorgeschlagene Trennung von Strafbarkeit und Straffreiheit der Unterlassung scheint zunächst einen gangbaren Weg zu weisen.

Wenn durch diese Zuordnung die Lösung eines jeden Selbstmordfalles auch nicht klar auf der Hand liegt, weil die oben genannten und aus dem Inhalt der Garantenpflichten abzuleitenden Grundsätze teilweise zu Schwierigkeiten führen mögen, so erscheint der Ansatzpunkt für die Lösung nach dieser Beteiligungslehre doch vertretbar.
Treuhänderische Garantenund damit Täter einer Fremdtötung sind die Personen, die das Leben des anderen nicht nur gegenüber äußeren Gefahren schützen müssen, sondern denen das Leben des anderen im der Weise anvertraut ist, als seien sie selbst Träger dieses Rechtsgutes, weil der Träger es selbst nicht bewahren kann oder will: Es sind die Eltern gegenüber den Kindern, die Pfleger gegenüber den Geisteskranken und Gebrechlichen, der Krankenhausarzt gegenüber dem Patienten - kurz: all jene Personen, denen eine allgemeine Personensorge gegenüber anderen Menschen obliegt. Ferner gehören hierzu auch solche Personen, die aufgrund ihrer Pflegebedürftigkeit in den Fami=lienverband aufgenommen wurden, z.B. die alternde Mutter gegenüber dem jungen Ehepaar.(1)
Schwieriger ist die Einordnung des Eheverhältnisses, zumal hier - zumindest nach der modernen Auffassung von der Ehe - keiner der Ehepartner in einem besonderen Schutzverhältnis des anderen steht; man wird die hierauf basierende Pflicht aber doch zu den unmittelbaren, treuhänderischen Garantenpflichten rechnen müssen, denn die Eheleute versprechen sich bei der Eheschließung "Beistand in guten und schlechten Tagen" und vertrauen sich gegenseitig ihre Lebensinteressen an.
Das Verlöbnis wird nicht für eine solche unmittelbare Garantenpflicht ausreichen, weil das Element des gegenseitigen Vertrauens und Anvertrauens der Rechtsgüter und damit die Begründung für die treuhänderische Garantenpflicht fehlt, die gegebenenfalls den Verlobten vor seinem gegen sich selbst gerichteten Tötungswillen schützen soll (2); die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (3), bei welchen die Verantwortlichkeit des Verlobten

---

1) vgl. dazu Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 1o8 und 11o sowie die Entscheidung des BGHSt 13, 126 f
2) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 1o9
3) BGH LM Nr.25 zu § 222; BGH MDR 196o, 939 f

ausdrücklich auf deren Tatherrschaft während der Bewußtlosigkeit des sich selbst tötenden Verlobten gestützt wurde, wären somit nach der hier vertretenen Ansicht sowohl in ihrer Begründung als auch im Ergebnis unrichtig.

Die Auffassungen über die Strafbarkeit der unterlassenen Selbstmordhinderung werden immer - schon aufgrund der verschiedenen moralischen Anschauungen - voneinander abweichen. Durch den hier vorgeschlagenen Weg wird aber ein Rahmen gesetzt, der der liberalen Auffassung entspricht und der nur in engen Grenzen eine Ausdehnung der Strafbarkeit zuläßt. Die Kontrolle über die strafausdehnende Entwicklung im Bereich des Selbstmordes erscheint besonders wichtig und unterstreicht deshalb die hier vertretene Lösung.

3. Teil

Das tatsächliche und wertmäßige Verhältnis zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten

Mit der vorstehenden Abhandlung wurde beabsichtigt, die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte in einem geschlossenen System darzustellen und durch Exkurse in umstrittene Problemkreise der Unterlassungsdogmatik abzusichern. Diesem Zweck dienten auch die Ausführungen zur Stellung der Unterlassungsdelikte im Strafgesetzbuch, wobei es insbesondere darauf ankam, daß das tatbestandliche Unrecht der entscheidende Bezugspunkt für Begehungs- und Unterlassungsdelikte ist (1).

Die weitergehende Frage, in welchem tatsächlichen und wertmäßigen Verhältnis die Begehungs- und Unterlassungsdelikte zueinander stehen, mußte bisher ausgeklammert werden, weil sie sich nicht ohne Schaden für die Übersichtlichkeit der Untersuchung einflechten ließ. Jene Frage bedarf jedoch zunächst einer kurzen Erörterung, da sie - wie bereits mehrfach erwähnt - für die Beteiligungslehre der Unterlassungsdelikte von erheblicher praktischer Bedeutung ist und diese noch umfassender in die allgemeine Unterlassungsdogmatik einfügt.

---

1) s. oben S. 25 ff

1. Die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen

Ein Begehungsdelikt liegt vor, wenn der Delinquent "etwas tut", was gegen eine Strafrechtsnorm verstößt; ein Unterlassungsdelikt liegt vor, wenn der Delinquent "etwas nicht tut", was die Rechtsordnung unter strafrechtlicher Sanktionierung von ihm verlangt (1).

---

1) Als weitere Kennzeichnung der beiden Verhaltensarten könnte man auf die naturalistischen Definitionen zurückgreifen: Tun ist körperliche Aktivität, Unterlassen im Hinblick auf die geforderte Aktivität das Ausbleiben dieser Aktivität (Beling S.2o; M.E.Mayer, Lehrbuch, S. 1o8); hierbei müßte aber eine Ergänzung dahingehend gemacht werden, daß das Gesetz auch bloße Untätigkeit als "Tun" behandeln kann, wenn dieses Verhalten selbst als strafrechtlicher Anknüpfungspunkt dient: z. B. für eine Willenserklärung das konkludente Schweigen (vgl. oben S. 119) oder das bloße passive Verhalten bei der Beischlafausübung (vgl. oben S. 55). Die Schwierigkeit, dieses alles in einer Definition zu vereinen, hat zu den wertenden Abgrenzungsmethoden geführt, die jedoch bei einer solchen Frage im tatsächlichen Bereich abzulehnen sind (vgl. zu den Abgrenzungsmethoden vor allem Welp, S. 1o3 ff und Engisch, Gallas-Festschrift, S. 168 ff).
Wenn man das Tun und Unterlassen überhaupt weiter kennzeichnen will, als dies im Text geschehen ist, dann kann das nur aus der Blickrichtung des Gesetzes geschehen: Tun ist jedes tatsächliche Verhalten, an welches der Gesetzgeber im Straftatbestand anknüpft (also die Körperbewegung, das Schweigen und ev. auch die tatsächliche Passivität). Ein Unterlassen liegt vor, wenn das Gesetz an die Tatsache der Nichtvornahme einer gesollten Handlung anknüpft - das Gesetz also nicht tatsächliches Verhalten, sondern die Tatsache eines bestimmten Nichtverhaltens enthält.

Bei solch unterschiedlichen Verhaltensweisen dürfte die Feststellung, welche von ihnen im konkreten Fall vorliegt, nicht schwerfallen. Und doch wird seit langem eifrig um diese Frage gestritten (1). Untersucht man jedoch jene Fälle, an denen sich immer wieder die Diskussion entzündet (2), auf ihre eigentlichen Probleme hin (3), so wird offenbar, daß die Unterscheidung von Tun und Unterlassen tatsächlich kaum Schwierigkeiten bereitet, die Probleme vielmehr auf anderen Ebenen liegen.

a. Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Tun und Unterlassen sind so verschieden voneinander (4), daß es keine Berührungspunkte zwischen ihnen und somit auch keinen Grenzbereich (5) geben kann,

---

1) s. Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 79 ff; Engisch, Untersuchungen, S. 295 und Gallas-Festschrift, S. 163 ff; Exner, Frank-Festgabe, S. 585; Spendel, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 183; Arthur Kaufmann, Eb.-Schmidt-Festschrift, S. 121; Boldt ZStW 68, 346 f; Böhm, Rechtspflicht, S. 18 ff; Loewenheim, [illegible] S. 15 ff; Woerner S. 54 ff; Ranft JuS [illegible] lakis S. 124 ff; Kaufmann, [illegible] randerath S. 30 f; Grünwald. [illegible] AT § 27 II; Roxin [illegible] n, Lehrbuch, S. 226; Jescheck [illegible] ; Schmidhäuser, Lehrbuch, [illegible] elzel, Lehrbuch, § 26 II 3; H.Mayer, 1967, § 16 II 1; Maurach AT § 45 I C 3; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 95; BGHSt 6, 46, 59

2) Das sind insbesondere der Novokain-Fall (s. Exner, Frank-Festgabe, S. 587 f), der Ziegenhaar-Fall (RGSt 63, 211 ff) und der Radfahrer-Fall (BGHSt 11, 1 ff)

3) vgl. Roxin ZStW 78, 411, der in den oben genannten Fällen des Problem der Pflichtwidrigkeit als Schlüssel zur Lösung der Fälle herausarbeitet.

4) s. insbesondere Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 81

5) Baumann, Lehrbuch, S. 226, spricht jedoch von "Abgrenzung von Tun und Unterlassen"

in dem die Bestimmung der Verhaltensart schwierig sein könnte (1).

> Der Arzt gibt dem Kranken ein unwirksames Medikament, daraufhin stirbt der Patient.

Selbst bei einem solchen "Grenzfall" lautet die Frage nicht, ob es noch Unterlassen oder vielleicht schon Tun ist, was dem Arzt vorgeworfen werden muß. Es kommen vielmehr zwei Verhaltensweisen für die strafrechtliche Verantwortung in Betracht: Ob der Arzt überhaupt wegen eines Verhaltens verantwortlich ist bzw. auf welchen der Verhaltensweisen seine Verantwortlichkeit beruht, ist eine Tatfrage - ein nicht eindeutig als Tun oder Unterlassen ansprechnbares Verhalten gibt es auch hier nicht. Denn das Verabreichen des falschen Mittels ist ein positives Tun; dadurch hat der Arzt den Patienten etwa von der Suche nach dem richtigen Medikament abgehalten. Hat der Arzt dies schuldhaft getan, so ist er wegen dieses Tuns verantwortlich. Daneben kann auch das Unterlassen, das richtige Medikament zu verabfolgen, in Betracht kommen; falls der Arzt sich auch insoweit schuldhaft verhalten hat und die sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Garantenstellung und die Kausalität, gegeben sind, ist er - gegebenenfalls auch - deswegen für den Tod verantwortlich.

Ein Grenzverhalten zwischen Tun und Unterlassen gibt es also nicht.

---

1) Auch das "beredte Schweigen" gehört nicht in einen solchen Grenzbereich; denn hierbei geht es allein um die Äußerung und die Nichtäußerung des Willens; vgl. oben S. 119. Da die strafrechtliche Wertung an das tatsächliche Verhalten anknüpft, nämlich an das Schweigen, handelt es sich hierbei um ein positives Tun; vgl. oben S. 422 Anm.1.

b. Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen

Schwierigkeiten bei der Feststellung der Verhaltensart gibt es kaum (1): Jeder einzelne Verhaltensabschnitt des mutmaßlichen Delinquenten ist auf seine strafrechtliche Relevanz hin zu untersuchen, wobei jeweils die Voraussetzungen für die Strafbarkeit, insbesondere Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit, zu prüfen sind. Daraus ergibt sich eine oder eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die für die strafrechtliche Würdigung relevant sind (2).

Das Gesamtverhalten des Delinquenten ist dabei jedoch nicht in "körperliche Tätigkeit" und "willkürliche Körperruhe" aufzuteilen, wobei letztere nach Böhms Ansicht auf ein Unterlassen hindeuten soll (3). Denn das Unterlassen hat nichts mit Untätigkeit im Sinne von Nichtstun gemein (4).
Weil das Unterlassen kein reales Verhalten darstellt, sondern nur die Tatsache der Nichtvornahme einer bestimmten Handlung (5), ist tatsächlich jederzeit mit einem Unterlassen eine beliebige Tätigkeit möglich - jede Handlung bedingt sogar eine Vielzahl von Unterlassungen: Während ich schreibe, lese ich nicht die Zeitung, esse, rede, fahre und helfe ich nicht. Die irrige Gleichsetzung von Unterlassen mit Nichts-Tun anstelle von "Etwas-Nicht-Tun", könnte gar nicht erfolgen, wenn man sich stets vergegenwärtigt, daß

---

1) s. Grünwald, Diss., S. 26
2) ebenso Roxin ZStW 74, 415 f; Welzel, Lehrbuch, § 26 II 3; Grünwald, Diss. , S.21 ff
3) Böhm, Rechtspflicht zum Handeln, S. 18 ff
4) vgl. Loewenheim, Anstiftung, S. 22 f
5) vgl. oben S. 422 Anm.1

diese Bezeichung der Verhaltensart eigentlich die Kurzform von "Unterlassen einer Handlung" ist.

Die Verhaltenskomplexe sind demgemäß nach Tätigkeiten und Unterlassungen von Tätigkeiten zu untersuchen, die das gesetzlich normierte Unrecht erfüllen (1):

> Die Mutter stellt das offene Gefäß mit Fliegengift auf den Fußboden; das zwei-jährige Kind trinkt es und erleidet dadurch eine schwere Gesundheitsstörung (2).

Die Mutter kann nach diesem Geschehen aufgrund zweier Verhaltensweisen verantwortlich sein: Das Herunterstellen des Giftes kann als positives Tun ihre Strafbarkeit begründen, wenn sie dies im Hinblick auf die Gesundheit des Kindes vorsätzlich oder fahrlässig getan hat. Außerdem liegt eine Strafbarkeit wegen Unterlassens vor, wenn sie als Garant für das Wohlergehen des Kindes vorsätzlich oder fahrlässig das Kind am Trinken des Giftes nicht gehindert hat - und schließlich kann sie noch den Tatbestand des § 330 c erfüllt haben.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, welche unterschiedlichen Möglichkeiten der Verantwortlichkeit bei einem solch einfachen Fall gegeben sein können: Konnte die Mutter nicht wissen, daß das Kind in diesem Raum spielt, so hat sie möglicherweise nicht einmal fahrlässig gehandelt - es bliebe nur noch das

---

1) Hierbei kommt es nicht nur auf die Art der Kausalität zwischen Verhalten und Erfolg an, wie Grünwald (Diss., S.23) annimmt; ist das Verhalten an sich strafbares Unrecht, ist allein das Vorliegen dieses Verhaltens entscheidend. Daher wird hier von der Erfüllung des tatbestandlichen Unrechts gesprochen, das die Kausalität zum Erfolg bei Rechtsgutsdelikten und das bloße Verhalten bei Verhaltensdelikten umfaßt, vgl. oben S. 31 ff, 39 ff und 53 ff.

2) Beispiel s. Eb.Schmidt, Arzt im StrafR., S. 88

Unterlassen als strafwürdiges Verhalten übrig. Hätte eine fremde Person das Fliegengift heruntergestellt, so könnte diese wegen positiven Tuns und wegen Unterlassens entgegen der Handlungspflicht aus Ingerenz zu bestrafen sein - die Mutter allein wegen Unterlassens; außerdem könnten verschiedene Beteiligungsarten durch Tun oder Unterlassen erfüllt, in Betracht kommen.
Aufgrund welchen Verhaltens die Mutter bestraft werden müßte, hinge demnach von den äußeren Umständen und der Willensrichtung der Mutter ab.

Weshalb die herrschende Lehre diese Frage "normativ" (1), "nach dem sozial Wesentlichen des Verhaltens" (2) und unter "komplexer Betrachtung des Gesamtvorganges" (3) lösen will (4), ist unverständlich. Hier geht es allein um eine Tatsachenfrage, die sich eindeutig anhand der Umstände feststellen läßt (5).

Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen kann nur durch die genaue Untersuchung der Tatvorgänge erfolgen, normative Gesichtspunkte sind bei dieser grundlegenden Frage nicht am Platze. Sie können nur eine ungenaue und unsichere Basis für die weitere strafrechtliche Untersuchung abgeben, wie die unterschiedlichen Bewertungen der bekannten

---

1) Schmidhäuser, Lehrbuch, 16/103
2) Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 79
3) Maurach, AT § 45 I C 3
4) ebenso Baumann, Lehrbuch, S. 226 f; Mezger-Blei, StuB AT § 27 II; BGHSt 6, 46, 59; BGH NJW 1953, 1924; neuerdings in umfassender Behandlung der Literatur Engisch, Gallas-Festschrift, S. 163 ff
5) so ausdrücklich Roxin ZStW, 415

Streitfälle durch die normativen Unterscheidungstheorien deutlich zeigen (1). Außerdem verschleiert dieses Vorgehen die eigentlichen Probleme dieser Fälle (2).

Bei fahrlässigem Verhalten kann jedoch die Unterscheidung von Tun und Unterlassen anhand der tatsächlichen Umstände zu einer gewissen Unsicherheit führen. Jede Fahrlässigkeit enthält nämlich in dem Vorwurf, daß die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet wurde, ein Unterlassungsmoment (3). Deshalb könnte man eventuell meinen, daß jedes fahrlässige Verhalten notwendig ein Unterlassungsdelikt enthalte, auch wenn der Erfolg durch ein positives Tun verursacht wurde (4).
Wie wenig abwegig diese Ansicht ist, zeigt ein Blick in das französische Strafrecht. Dort werden die Straftatbestände der fahrlässigen Tötung und Körperverletzung (Art. 319, 32o code penal) als Unterlassungstatbestände ausgelegt, um dadurch dem nicht ausdrücklich geregelten Unterlassen, durch das ein Tod oder eine Körperverletzung verursacht worden ist, den Schein einer gesetzlichen Grundlage zu geben (5).
Dennoch ändert sich bei der Fahrlässigkeit nichts an dem Prinzip der exakten Trennung des komplexen

---

1) vgl. Roxin ZStW 74, 419 ff; Welzel, Lehrbuch, § 26 II 3; Spendel, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 193; s. unten S. 429 f zum Ziegenhaar-Fall
2) vgl. Roxin ZStW 74, 414; Baumann, Lehrbuch, S.226 f
3) Androulakis S. 132 ff; Kaufmann, Dogmatik, S. 18of; Grünwald, Diss., S.27; Hardwig, Zurechnung, S.154; Meyer-Bahlburg GA 1968, 5o; Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 212 ; Spendel, Eb.Schmidt-Festschrift, S. 193
4) vgl. Niese S. 62; Kaufmann, Dogmatig, S. 184 f
5) s. Androulakis S. 193; Jescheck-Goldmann ZStW 77, 144 f

Verhaltens in Tun- und Unterlassungselemente zur Feststellung der strafrechtlich relevanten Verhaltensart. Denn ein bloßes Unterlassungsmoment begründet noch keine strafrechtliche Relevanz dieses Verhaltens; enthält dieses Moment aber alle Elemente eines tatbestandlichen Unrechts, so muß es in die strafrechtliche Untersuchung einbezogen werden.

Letzteres liegt immer dann vor, wenn das vom Täter verletzte Sorgfaltsverbot, welches die Fahrlässigkeit seines Verhaltens begründet, die gleiche Handlung erfodert, wie das ihn treffende Handlungsgebot, welches ihn zum Unterlassungstäter macht.
Der bekannte Ziegenhaar-Fall (1) ist hierfür ein gutes Beispiel:

> Der Fabrikant F gibt seinen Arbeitern zur Herstellung von Pinseln mit Milzbrand infizierte Ziegenhaare, ohne sie vorher desinfizieren zu lassen; es sterben daraufhin vier Arbeiter an Milzbrand.

Das Herausgeben der Ziegenhaare ist ein positives Tun; dadurch ist der Tod der vier Arbeiter hervorgerufen worden; fahrlässig ist das Verhalten, weil F nicht wie ein sorgfältiger Unternehmer die Haare desinfiziert hat. Liegen alle weiteren Voraussetzungen des Fahrlässigkektstatbestandes vor (2), so hat der Fabrikant den § 222 durch positives Tun erfüllt (3).

---

1) RGSt 63, 211 ff
2) Daß möglicherweise auch bei korrektem Verhalten der Erfolg eingetreten wäre, wird hier nicht berücksichtigt, da dies ein selbständiges Zurechnungsproblem ist. Vgl. Roxin ZStW 74, 430 ff; Grünwald, Diss., S. 27 ff
3) So die h.M. RGSt 63,211, 212 f; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 95; Maurecht AT § 45 I C 3; Mezger-Blei StuB AT § 27 II; Roxin ZStW 74, 414; Engisch, Gallas-Festschrift, S. 188 ff; Schmidhäuser,Lehrbuch, 16/104; Jescheck, Lehrbuch, § 58 II 2

Außerdem hat noch das Unterlassen, die Ziegenhaare gegen Milzbrand zu desinfizieren, eine selbständige Bedeutung: Als Arbeitgeber hat F gegenüber seinen Arbeitern die Garantenpflicht, sie vor den Gefahren der Arbeit zu schützen (1). Dieser Fürsorgepflicht entspringt das Desinfizierungsgebot, das er nicht befolgt hat. Da er seine Garantenpflicht als sorgfältiger Unternehmer hätte erkennen und erfüllen müssen (2), hat er § 222 durch Unterlassen

---

1) Maurach, AT § 45 I C 3; Baumann, Lehrbuch, S. 226
2) So wie Kaufmann (Dogmatik, S. 169 ff) das fahrlässige Unterlassungsdelikt konstruiert, müßte bei F "der Wille vorhanden sein, den der Rechtsordnung erwünschten Erfolg zu erreichen" (S. 171), um als fahrlässiger Unterlassungstäter bestraft werden zu können. Das würde zu einer erheblichen Verminderung der fahrlässigen Unterlassungsdelikte führen; denn wenn man davon ausgeht, daß "das fahrlässige Unterlassungsdelikt voraussetzt, daß der Handlungspflichtige gewillt war, das Gebot zu erfüllen, also das ihm von der Rechtsordnung gesteckte Ziel zu erreichen", dann muß man bei solchen Fällen die Fahrlässigkeit verneinen, wo der Handlungspflichtige die Gefahr für das Rechtsgut bezw. seine Handlungspflicht fahrlässig nicht erkannt hat, und diesen rechtstreuen Willen gar nicht haben konnte. Wenn F also sorgfaltswidrig davon ausging, daß es sich bei den Ziegenhaaren nicht um milzbrand-verdächtige und desinfizierungsbedürftige Haare handelte, sondern um Kunsthaare, wäre er demnach nicht als fahrlässiger Unterlassungstäter strafbar.

   Die Mutter, die fahrlässig nicht wahrnimmt, daß das Kind mit der Giftflasche spielt, und deshalb gar nicht auf den Gedanken kommen kann, sie ihm wegzunehmen, könnte ebenfalls wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen nicht bestraft werden, wenn das Kind an dem Gift stirbt.
   Das Erfordernis des Geboterfüllungswillens meint Kaufmann aus dem Umkehrprinzip folgern zu müssen, weil nämlich der fehlgeschlagene Begehungsversuch der Unterlassungsfahrlässigkeit entspreche und diese deshalb den fehlgeschlagenen Versuch enthalten müsse, das rechtliche Handlungsgebot zu

verwirklicht (1), falls alle weiteren Voraussetzungen vorliegen (2).
Schließlich kann F durch das Unterlassen des Desinfizierens einen Verhaltenstatbestand erfüllt haben, der dieses Unterlassen als strafwürdig normiert. Das Reichsgericht stellt nämlich in der Urteilsbegründung fest, daß zumindest der äußere Tatbestand des Vergehens nach § 147 Nr.4 GewO iVm der Verordnung über die Verrichtung und den Betrieb der Roßhaarspinnereien, Haar- und Borstenzurichtereien sowie der Bürsten- und Pinselmachereien vom 22. Okt. 1902 (3) erfüllt ist (4). Dort ist in

---

erfüllen (S. 170). Auch hier wird wieder deutlich, zu welch eigenartigen Ergebnissen Kaufmanns Umkehrprinzip führt (vgl. außerdem oben S. 13) Für diese Begrenzung der Unterlassungsfahrlässigkeit lassen sich kaum andere, insbesondere materielle Gesichtspunkte finden, als die dogmatische Begründung durch Kaufmanns Umkehrprinzip. Offensichtlich hat Kaufmann selbst bei der Unterlassungsfahrlässigkeit die Fragwürdigkeit des Umkehrprinzips erkannt; denn bei der weiteren Behandlung dieses Themas spricht er anstatt vom "Gebotserfüllungsversuch" von der "Gebotserfüllungstendenz". Hierfür soll schon genügen, daß das Verhalten des Unterlassenden anzeigt, "daß er gewillt war, zu helfen" (S. 173), oder daß der Gärtner, den ein Unkrautbekämpfungsgebot trifft, leichtfertig feststellt: "In meinem Garten wächst das Unkraut nicht" (S. 175) und damit das Vorliegen des Handlungsgebotes für sich selbst verneint. Von einem "fehlgeschlagenen Gebotserfüllungsversuch" kann hierbei wohl keine Rede mehr sein.

1) so Baumann, Lehrbuch, S. 226; Mezger-Blei, StuB AT § 27 II; Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.79, 85; Mezger, Strafrecht, S. 138
2) s. oben S. 39 ff
3) RGBl I 1902 S. 269
4) RGSt 63, 211, 212

§ 2 das von F fahrlässig unbeachtet gebliebene Sorgfaltsgebot, die importierten Pinselhaare vor der Verarbeitung zu desinfizieren, mit der Strafsanktion eines Vergehens versehen und somit als ein selbständiges Verhaltensdelikt normiert.
F hat also durch sein Verhalten Begehungsdelikte (§ 222 und § 230 als Durchgangsdelikt (1)) und Unterlassungsdelikte (§ 222 und § 230 als Durchgangsdelikt und § 147 Nr.4 GewO iVM VO vom 22. Okt. 1902) erfüllt, die alle bei der strafrechtlichen Würdigung berücksichtigt werden müssen.

Ebenso wie bei dem vorsätzlichen Verhalten hängt demzufolge auch bei der Fahrlässigkeit das Vorliegen eines Unterlassungsdeliktes allein davon ab, ob der Täter durch das Unterlassen einer Handlung einen Straftatbestand erfüllt hat. Daraufhin muß auch stets das Unterlassungsmoment der Fahrlässigkeit, nämlich das Nichterfüllen des Sorgfaltsgebotes untersucht werden; falls dieses Gebot für den Täter eine Garantenpflicht darstellt oder falls es als selbständiges Handlungsgebot strafrechtlich sanktioniert ist, kann auch das für den Fahrlässigkeitsvorwurf typische "Nicht-Besser-Handeln" ein Unterlassungsdelikt enthalten (2).

---

1) vgl. BGHSt 16, 122; Schönke-Schröder § 212 RN 14; anderer Ansicht Welzel, v.Weber-Festschrift, S. 244; Welzel, Lehrbuch, § 38 I 6

2) Anders Boldt ZStW 58, 346, der ähnlich wie Böhm (Diss., S. 21) nur dann ein Unterlassen anerkennt, wenn der Täter "gar nichts tut, wo er überhaupt hätte eingreifen müssen", und immer dann fahrlässiges Tun annimmt, wo der Täter "die Dinge fahren läßt, wo er sie hätte richtiger beeinflussen, besser festhalten sollen"; vgl. dazu oben S. 422 Anm.1.

Das hier vertretene Prinzip, Tun und Unterlassen nach den tatsächlichen Erscheinungsformen zu unterscheiden, indem man das zu untersuchende komplexe Verhalten in einzelne Verhaltensteile zerlegt, führt zu einer Vielzahl von strafrechtlich relevanten Handlungen und Unterlassungen; dies haben die besprochenen Fälle gezeigt.
Jenes Verfahren ist zunächst für die erschöpfende strafrechtliche Würdigung eines Geschehens unbedingt erforderlich, da die einzelnen Verhaltensteile eine unterschiedliche Verantwortlichkeit für den Delinquenten begründen können: In dem Fliegengift-Fall (1) kann die Mutter das Giftgefäß z.B. schuldlos (fahrlässig oder vorsätzlich) in die Nähe des Kindes gestellt haben und vorsätzlich (fahrlässig oder schuldlos) das Gift dem Kind nicht abgenommen haben. Bezieht man also das Unterlassen nicht in die Untersuchung mit ein, so kann möglicherweise ein wesentlicher Aspekt für die Strafbarkeit von vorneherein außer Betracht bleiben.
Außerdem können die einzelnen Verhaltensteile auch in verschiedenen Beteiligungsformen begangen worden sein und deshalb eine unterschiedliche Verantwortlichkeit begründen. So wird in dem berühmten Badewannen-Fall (2) die Bitte der Mutter an die Schwester, das neugeborene Kind in der Badewanne zu ertränken, nur eine Anstiftung zur Tötung sein (3). Eine täterschaftliche Verantwortlichkeit der Mutter kann auch in der Nichthinderung des Verbrechers liegen (4), weil sie als treuhänderischer

---

1) s. oben S. 226
2) RGSt 74, 84 - 86; vgl. oben S. 365
3) anders Kohlrausch-Lange Vor § 47 Anm. I B 2 f, S. 152, der hier unmittelbare Täterschaft annimmt; gegen Lange: Roxin, Täterschaft, S. 259
4) Falls sie in ihrem Zustand die Tat verhindern konnte; vgl. dazu oben S. 365 ff.

Garant das Leben des Kindes schützen muß und daher unmittelbar für dessen Tod verantwortlich ist (1).

Wenn also einerseits die gesonderte Untersuchung der einzelnen Verhaltensweisen für die erschöpfende Würdigung eines Tatvorganges notwendig erscheint, so läßt andererseits gerade der letzte Fall die Bedenken gegen ein solches Vorgehen erkennen: Bei einem einzigen Tatgeschehen muß häufig eine Vielzahl strafrechtlicher Verhaltensweisen der Untersuchung zugrundegelegt werden; damit wird das Problem der Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen praktisch auf die Konkurrenzlehre verlagert, weil nämlich erst hier die eigentlichen Schwierigkeiten entstehen (2).
Außerdem besteht die Gefahr, daß durch das tatsächliche Nebeneinander von positivem Tun und Unterlassen die Beteiligungslehre, die bisher vornehmlich für das Begehungsdelikt konzipiert wurde, durch die Unterlassungsdelikte aus den Angeln gehoben wird (3): Wenn der Gehilfe, der seinen Tatbeitrag in Form einer Handlung bereits geleistet hat, den weiteren Tatverlauf interessiert verfolgt, kann dies aufgrund der vorangegangenen (Teilnahme-) Handlung als garantenpflichtwidriges Unterlassen und damit möglicherweise als Unterlassungstäterschaft angesehen werden (4).

---

1) Ob die Anstiftungshandlung für die Begründung der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun ausreicht, erscheint zweifelhaft, vgl. dazu oben S. 32o f.
2) ebenso Welzel, Lehrbuch, § 27 II 3; Roxin ZStW 74, 417 Anm. 24
3) vgl. Grünwald GA 1959, 114
4) Dieses Problem wirft auch die hier entworfene Beteiligungslehre auf und gibt deshalb mehrfach Anlaß zu weitergehenden Erwägungen; vgl. insbesondere oben S. 32o ff und 327 ff.

Trotz dieser Schwierigkeiten muß jedoch der Weg der tatsächlichen Unterscheidung von Tun und Unterlassen beschritten werden, will man nicht das Unterlassen im Strafrecht auf die Rolle eines Lückenbüßers verweisen, das heißt, es nur in solchen Fällen beachten, wenn eine Bestrafung aus positivem Tun nicht möglich ist. Eine solche Auffassung widerspräche jedoch jeder Strafrechtslehre, die sich um eine umfassende und konsequente Erfassung der strafrechtlichen Erscheinungen bemüht.
Insbesondere würden damit die Einwände gegen die Lehre von der Strafbarkeit der Unterlassungsdelikte bestätigt, daß diese nämlich nur dazu diene, an sich nicht strafbare Verhaltensweisen durch ausdehnende Auslegung der gesetzlichen Straftatbestände doch noch strafrechtlich zu erfassen (1).

Das Problem des Nebeneinander von Tun und Unterlassen innerhalb eines komplexen Verhaltens ist also nicht durch eine wertmäßige Unterscheidung zu lösen, mit deren Hilfe bestimmte Unterlassungen von vornherein aus der strafrechtlichen Untersuchung ausgeschieden werden können. Dies kann allein durch die Konkurrenzlehre geschehen, die ja im allgemeinen im Strafrecht dazu berufen ist, das tatsächliche Nebeneinander verschiedener Delikte zu lösen. Dies soll im folgenden Abschnitt behandelt werden.
Außerdem trägt die Beteiligungslehre der Begehungs- und der Unterlassungsdelikte zur Lösung dieses Problems bei, indem dem Delinquenten aufgrund seiner verschiedenen Verhaltensweisen die ihm gebührende Stellung im Tatgeschehen zugewiesen wird. Bei dem dargelegten System der differenzierten

---

1) s. oben S. 31 ff

Unterlassungsbeteiligung sind bereits vielfach die Ergebnisse der Überlegungen zur Konkurrenzlehre eingeflossen, ohne daß sie im einzelnen begründet werden konnten. Auch dieses soll nun mit der folgenden Untersuchung nachgeholt werden.

2. Die Konkurrenz zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten

Die Frage nach der Konkurrenz von Begehungs- und Unterlassungsdelikten kommt in vielen Fällen erst gar nicht auf, wenn man - und diesen Weg geht ein beachtlicher Teil der Lehre sowie teilweise auch die Rechtsprechung - von vorneherein bei einem komplexen Verhalten, das sowohl positives Tun als auch Unterlassen enthält, mit Hilfe normativer Gesichtspunkte nur eine Verhaltensweise als strafrechtlich relevant ansieht (1). Dadurch werden mit einem Schritt zwei Probleme gelöst: das der Unterscheidung und das der Konkurrenz von Tun und Unterlassen im Strafrecht. Dieses Verfahren wurde im vorstehenden Abschnitt als untauglich für die Lösung des ersten Problems verworfen, weil es die im Bereich des Tatsächlichen exakt zu lösende Frage durch die Verlagerung ins Normative vergröbert und verunsichert (2).

Endgültig widerlegt ist dieses Verfahren jedoch erst dann, wenn das aufgrund der tatsächlichen Unterscheidung von Tun und Unterlassen vielschichtige Nebeneinander der beiden Deliktsarten mit Hilfe der Konkurrenzregeln befriedigend gelöst ist. Denn

---

1) s. oben S. 427 f
2) s. oben S. 434

dann wird die Frage nach der Bedeutung eines Verhaltens für die Strafbarkeit des Verantwortlichen nicht mit Hilfe jener weiten und gesetzlich nicht fixierten Begriffe beantwortet, sondern anhand der differenzierten gesetzlichen und außergesetzlich durch Lehre und Praxis geschaffenen Regelung, die gerade für die Lösung solcher Fragen gedacht ist.

a. Die Anwendbarkeit der §§ 73 ff StGB auf Unterlassungsdelikte

Wenn die Konkurrenzregeln des Strafgesetzbuches zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten angewandt werden sollen, müssen sie zunächst einmal innerhalb derselben Verhaltensart gelten.
Daß die §§ 73 ff die Konkurrenz von Begehungsdelikten regeln, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und ist selbstverständlich.
Das kann nicht von den Unterlassungsdelikten gesagt werden, denn immerhin spricht das Gesetz nur von "Handlungen"; bei wortgetreuer Auslegung dürften die Konkurrenzregeln also nur auf Begehungsdelikte und nicht auf Unterlassungsdelikte bezogen werden. Und doch wenden Praxis und Lehre diese Vorschriften wohl einhellig auf Unterlassungsdelikte an (1). Dem muß zugestimmt werden.
Wenn das Strafgesetzbuch auch Unterlassungsdelikte enthält, ist eine den gesamten Strafgesetzen vorangestellte Konkurrenzregel auch auf diese Delikte zu erstrecken, soweit dies mit deren Wesen zu vereinbaren ist. Da Bedenken in dieser Hinsicht nicht

---

1) Jescheck, Lehrbuch, § 66 IV 2 f; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/56; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 14; Welzel, Lehrbuch, § 30 I 5 mwN.; Struensee S. 22 ff, 46; RGSt 76,140, 143; BGHSt 18,376 f

bestehen, ist das Wort "Handlung" über seine eigentliche Bedeutung hinaus auch als "Unterlassen einer Handlung" auszulegen.

Dieses völlig korrekte Vorgehen von Praxis und Lehre bedarf jedoch einer besonderen Bemerkung: Während hier mit einer Selbstverständlichkeit, die kaum einer Erläuterung wert scheint (1), der auf das Begehungsdelikt zugeschnittene Wortlaut des Strafgesetzbuches (2) auch auf Unterlassungsdelikte ausgedehnt wird, hängt man in anderen Fällen bei der Auslegung von Begriffen, die ebenfalls auf alle Delikte erstreckt werden sollten (3), an der engen, wortgetreuen Auslegung und versucht damit, die Anwendung solcher Begehungsbegriffe auf Unterlassungsbegriffe zu verhindern. Das hier befürwortete Verfahren, die auf positives Tun zugeschnittenen Begriffe des Allgemeinen Teils auch auf Unterlassungsdelikte auszudehnen - soweit es mit ihrem Wesen und der Art der gesetzlichen Regelung zu vereinbaren ist -, sollte vielmehr auch bei anderen Streitfragen in der Unterlassungsdogmatik berücksichtigt und, soweit es das Gesetzmäßigkeitsprinzip (4) zuläßt, entsprechend dem Sinn des Strafgesetzbuches verwandt werden.

---

1) Die in der vorstehenden Anmerkung Genannten widmen dieser Frage keine Zeile; ausgen. RGSt 76,14o, 143, wo sie kurz behandelt wird
2) Das ändert sich auch nicht durch den Begriff "Straftat" in §§ 52 ff des 2.StrRG und § 64 AE
3) s. z.B. oben S. 15 zur Beihilfevorschrift
4) Art. 1o3 Abs.2 GG, § 2 StGB, s. oben S. 31ff, 36 - Daß eine weite Auslegung des Begriffs "Handlung" den Täter in §§ 73 ff begünstigt, woanders aber eine entsprechende Auslegung ihm nachteilig sein kann, schränkt diese Argumentation nicht ein, denn diese Erwägung wäre nur bei einer Analogie entscheidend, nicht aber bei der Auslegung; weil sich die Erstrekkung dieser Begriffe noch bis zur möglichen Wortbedeutung abspielt, geht es hier und in anderen Zusammenhängen immer nur um die Auslegung des Begriffes "Handlung".

Es führte zu weit, nun noch die verschiedenen Konkurrenzarten (1) zwischen Unterlassungsdelikten zu besprechen, und deshalb sollen diese grundsätzlichen Bemerkungen hierzu genügen (2).
Damit wird auch nichts Wesentliches übergangen, denn wenn hier auch viele Einzelfragen noch nicht gelöst sind (3), so rühren doch die verschiedenen Ansichten über die Streitpunkte meist nicht von einer verschiedenen Auffassung der Unterlassungskonkurrenz, sondern von der unterschiedlichen Beantwortung der Grundsatzfragen der Konkurrenzlehre (4) her, die hier ohnehin nicht behandelt werden können.
Außerdem kann der folgenden Darstellung der Konkurrenzen von Tun und Unterlassen ohne weiteres

---

1) Das sind die Ideal- und Realkonkurrenz und die scheinbaren Konkurrenzen (natürliche Handlungseinheit, fortgesetzte Handlung, Konsumtion, Subsidiarität und Spezialität)
2) Zu dieser Frage ausführlich Struensee (S. 37 ff), der sich allein der Konkurrenz zwischen den Unterlassungsdelikten widmet; zur Bewertung seiner Lösung, die auf dem hier abgelehnten Umkehrprinzip beruht, vgl. unten S. 44o Anm.1 und 442 Anm.1.
3) s. Welzel, Lehrbuch, § 3o I 5; vgl. auch Geerds, Konkurrenz, S. 291 Anm.261; Kubisch DJ 1942, 97 f
4) Zum Beispiel zur Frage, wie in Fortsetzunszusammenhang begangene Unterlassungen konkurrieren: Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/56, nimmt Realkonkurrenz an (im Anschluß an BGHSt 18, 376), weil er die Figar der Fortsetzungstat nicht anerkennt; s. Schmidhäuser, Lehrbuch, 18 / 16 ff; ebenso Jescheck, Lehrbuch § 66 IV 2.
Geerds (JZ 1964, 593) und Schönke-Schröder (§ 17o RN 28) nehmen rechtliche Handlungseinheit an, weil Fortsetzungszusammenhang vorliegt.
Umfassend hierzu Struensee S. 83 ff.
Auf solche Streitfragen kann auch im folgenden nicht eingegangen werden.

die hier vertretene Konzeption der Unterlassungskonkurrenz (1) und deren Begründung entnommen werden.

b. Die Konkurrenzformen zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten

Innerhalb der strafrechtlichen Konkurrenzlehre gibt es zwei verschiedene Konstellationen, nach denen die einzelnen Konkurrenzformen unterschieden werden können: Zum einen hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen das Unrecht m e h r e r e r Tatbestände erfüllt (2), so daß er aus mehreren Straftatbeständen bestraft werden müßte; dies sind die Formen der echten Konkurrenz, die Ideal- und die Realkonkurrenz (§§ 73, 74). Sie sind echt, weil der Täter nicht nur formell, sondern auch materiell mehrere Strafgesetze erfüllt hat und diese somit tatsächlich miteinander konkurrieren.
Zum anderen hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen nur e i n tatbestandliches Unrecht,

---

1) Daß nämlich für die Frage nach der "Handlungseinheit" oder "Handlungsmehrheit" das Unterlassen selbst als das tatsächliche, strafrechtlich relevante Verhalten zugrundezulegen ist und die dem Unterlassenden gebotene Handlung hierfür nur eine Identifizierungshilfe darstellt. Dagegen legen Struensee, S. 34 f, Jescheck, Lehrbuch, § 65 IV 2, Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/56, Welzel, Lehrbuch, § 3o I 5 und Schönke-Schröder Vorbem. § 73 RN 14 den Akzent mehr - wie beim "Umkehrprinzip" - auf die gebotene Handlung und gelangen so eher zu einer Konkurrenz der gesollten Verhaltensweisen, anstatt zur Konkurrenz des tatsächlichen, rechtswidrigen Verhaltens. Vgl. unten S. 451 Anm.3.
2) bzw. das Unrecht eines Tatbestandes mehrmals; s. Schönke-Schröder, § 73 RN 22 "gleichartige Idealkonkurrenz"; kritisch dazu Geerds, Konkurrenz, S. 273

formell aber mehrere Straftatbestände erfüllt. Die Formen dieser "unechten" (1) Konkurrenz sind die natürliche Handlungseinheit (2), die fortgesetzte Handlung und die Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität, Spezialität, Konsumtion). Obwohl hierbei nach dem Wortlaut des Gesetzes mehrere Straftatbestände erfüllt sind, ist nur ein einziger davon auf den Täter anzuwenden, weil damit das gesamte Unrecht seines Verhaltens erschöpft ist - es liegt also nur eine äußere Konkurrenz von Strafbestimmungen vor.

(1) Die Formen echter Konkurrenz:
Ideal- und Realkonkurrenz

Die §§ 73 und 74 regeln die Konkurrenz zwischen Begehungsdelikten und ebenso die Konkurrenz zwischen Unterlassungsdelikten (3). Von der Fassung des Gesetzes her steht dem auch nichts entgegen, daß diese Bestimmungen die Konkurrenz zwischen beiden Deliktsarten regeln. Denn das Strafgesetzbuch umfaßt Begehungs- und Unterlassungsdelikte, die natürlich auch untereinander in Konkurrenz treten können, und es ist folglich anzunehmen, daß die gesetzlichen Konkurrenzregeln ebenfalls diese Fälle betreffen. Auch der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht dagegen; denn wenn der Begriff "Handlung" in der Bedeutung von "Verhalten, an das die strafrechtliche Verantwortung anknüpft", Tun und Unterlassen für sich erfaßt,

---

1) Oft wird auch von "scheinbarer" Konkurrenz gesprochen, vgl. Baumann, Lehrbuch, S. 625
2) Die Terminologie ist gerade bei den Konkurrenzen sehr unterschiedlich. So wird von Verbrechenseinheit und rechtlicher Handlungseinheit gesprochen; s. Geerds, Konkurrenz, S. 297; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 7
3) s. oben S.88 ff

dürfte jener Begriff auch einem Zusammentreffen beider Verhaltensweisen nicht entgegenstehen (1).

Die Möglichkeit der echten Konkurrenzformen von Begehungs- und Unterlassungsdelikten hängt also nur noch davon ab, ob die diesen Delikten zugrundeliegenden unterschiedlichen Verhaltensarten überhaupt auf solche Weise zusammentreffen können.

Bei der Realkonkurrenz kann es keinen Zweifel an dieser Möglichkeit geben, denn man kann in beliebiger Reihenfolge Begehungs- und Unterlassungsdelikte begehen: Gestern einen Diebstahl, heute die Nichtanzeige eines Verbrechens, morgen eine garantenpflichtswidrige Tötung durch Unterlassen und übermorgen eine fahrlässige Tötung durch positives Tun.
Diese Folge von Begehungs- und Unterlassungsdelikten ist nur durch die Person des Täters verbunden, der sie alle begangen hat. Er hat durch selbständige Verhaltensweisen das Unrecht mehrerer Straftatbestände erfüllt und ist für alle Delikte entsprechend der Vorschriften der §§ 73 ff zu bestrafen.

Dagegen ist sehr umstritten, ob Begehungs- und Unterlassungsdelikte in Idealkonkurrenz zueinander stehen

---

1) Nur die Anhänger des Umkehrprinzips dürften hier Schwierigkeiten haben, weil sie nur wertmäßige Beziehungen zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten kennen und als "strafbarkeitskonstitutiven Vorgang" bei den Unterlassungsdelikten die - rechtmäßige - unterlassene Handlung betrachten (s. oben S. 44o A.1). Konsequent läßt Struensee in seiner Abhandlung über die "Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten" die Konkurrenz mit den Begehungsdelikten unberücksichtigt (S. 17 und 58).

können (1).
Verneint wird dies hauptsächlich mit dem Argument, die Idealkonkurrenz verlange, daß die Straftaten gerade aus einem Verhalten des Täters hervorgegangen sein müssen. Da Begehungs- und Unterlassungsdelikte jedoch auf den völlig verschiedenen Verhaltensweisen des Tuns und Unterlassens beruhten, müßten bei der Konkurrenz von Begehungs- und Unterlassungsdelikten immer mindestens zwei unterschiedliche Verhaltensweisen vorliegen. Die völlige Verschiedenartigkeit von Tun und Unterlassen mache das Zusammentreffen solcher Delikte in einem Verhalten unmöglich (2).
Dem ist insoweit zuzustimmen, als Tun und Unterlassen sich gegenseitig ausschließen und somit eine Handlung nicht zugleich eine Unterlassung sein kann (3).
Aber in den §§ 73 ff geht es nicht um diese wesensmäßige Trennung der Verhaltensweisen, sondern um die Frage, ob der Täter jedes einzelne tatbestandliche Unrecht unabhängig von dem anderen begangen oder ob er mit einem Verhalten gleich mehrere erfüllt hat. Berücksichtig man zudem, daß jeder Täter gleichzeitig mit jeder Handlung eine Vielzahl von Unterlassungen begeht (4), so erscheint die Idealkonkurrenz

---

1) Dagegen: Jescheck, Lehrbuch, § 67 III 4; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/57; v.Olshausen 12. Aufl., § 73 Anm.6; Kohlrausch-Lange § 73 Anm.1; RGSt 68, 315,317; BGHSt 6, 229, 23o; RGJW 1934, 3o59 Nr.1o.
Dafür: Höpfner I S. 251; Maschinsky DJ 1942, 5o4; Geerds, Konkurrenz, S. 291; Baumann, Lehrbuch, S. 618; Maurach, BT § 51 II C; Mösl in LK § 73 RN 4; RGSt 75, 355, 359; BGH GA 1956, 12o; BayObLG NJW 1957, 1485; OLG Schleswig GA 1954, 126, 127; - mit Einschränkungen dafür: Mittelbach DR 194o, 1491; Schönke-Schröder § 73 RN 19
2) RGSt 68, 315,317
3) s. oben S. 422 ff
4) s. oben S. 425

zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten schon eher möglich.
Die Gleichzeitigkeit der Verhaltenweisen allein genügt jedoch zur Begründung der Idealkonkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten ebensowenig, wie sie zur Idealkonkurrenz bei Begehungsdelikten ausreicht (1): Wenn der Täter das eine Opfer mit der rechten Hand erschießt und gleichzeitig mit der linken Hand eine Bombe entzündet und außerdem noch fortwährend gegen einen Dritten beleidigende Flüche ausstößt, dann stehen alle Verhaltensweisen zueinander in Realkonkurrenz - wenn nicht besondere Umstände diese an sich selbständige Willensbetätigung zu einem Verhalten zusammenfügen (2). Anders kann es auch nicht beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen sein, sodaß die Mutter, die ihren Säugling verhungern läßt und zugleich das Mietshaus durch positives Tun in Brand setzt, zwei selbständige Straftaten im Sinne des § 74 begangen hat.
Erst wenn das eine Verhalten tatsächlich auch das andere unrechtauslösende Verhalten miteinschließt, kann von einer mehrfachen Verletzung des Strafgesetzes durch eine "Handlung" gesprochen werden.
Dies ist zwischen Tun und Unterlassen dann gegeben, wenn das Tun zugleich auch das Unterlassen des Täters mit sich bringen muß, und zwar in der Weise, daß das Tun notwendig das Unterlassen zur Folge hat, weil es der dem Täter gebotenen Handlung entgegensteht und diese verhindert.

Der in der Rechtsprechung schon mehrfach aufgetretene Fall, in dem ein Autofahrer einen Verkehrsteilnehmer

---

1) Maurach AT § 55 I C 2 a; siehe auch Schönke-Schröder Vorbem. § 73 RN 46 und § 73 RN 7; RGSt 57, 178
2) s. unten S. 448 f und 461 f

lebensgefährlich verletzt hat und dann Unfallflucht begeht (1), ist ein sehr anschauliches Beispiel für diese Konkurrenzform.
Die Tötung durch Unterlassen wird gerade durch die Unfallflucht bedingt, mit dem Wegfahren nimmt der Täter sich jede Möglichkeit, dem Verletzten zu helfen, und beendet damit die Unterlassung (2).
Mit dem Weiterfahren erfüllt also der Täter zugleich den Begehungstatbestand des § 142 (3) und nimmt sich selbst die Möglichkeit die aufgrund der Ingerenz gebotene Hilfe zu leisten. Damit wird durch einen einheitlichen Vorgang das Unrecht zweier Tatbestände verwirklicht. Da hier bei der Verletzung mehrerer Strafgesetze die Identität der Ausführung (4) gegeben ist, liegt Idealkonkurrenz zwischen § 142 und § 212 (5) vor.

In Verallgemeinerung dieses Beispiels läßt sich sagen, daß ein Begehungsdelikt und ein Unterlassungsdelikt idealiter miteinander konkurrieren, wenn sie auf einem Vorgang beruhen, der einerseits dem vom Täter geforderten Verhalten entgegenwirkt und damit auch das selbständige Unterlassungsunrecht erfüllt, das mit

---

1) BGHSt 7, 287; BayObLG NJW 1957, 1485; desgleichen die Konkurrenz von § 330 c und § 142, falls der Flüchtende nicht die Gefährdungshandlung begangen hat und somit nicht Garant für das Leben und die Gesundheit des Verletzten ist; s. dazu RGSt 75, 355, 360; BGH GA 1956, 120; auch OLG Oldenburg VRS 11, 54; zur Konkurrenz zwischen der Verletzungshandlung und dem nachfolgenden Unterlassen vgl. unten S. 462.
2) s. oben S. 59 f
3) Dies ergibt die Fassung des Gesetzes, nach der das Wegfahren - ein Tun - den Tatbestand erfüllt; zudem widerspricht die Konstruktion eines Unterlassungsdeliktes mit nur einer Begehungsart dem Wesen dieser Delikte, s. Schünemann S. 366; Maurach, BT § 78 I 2; Schönke-Schröder, § 142 RN 2 - anders Schmidhäuser JZ 1955, 436; Welzel, Lehrbuch, § 67 V 4
4) zumindest durch notwendige Teilüberdeckung
5) je nach Sachverhalt auch § 211, § 223 oder nur § 330c

dem Begehungsunrecht nicht identisch ist.

Für diese Form der Idealkonkurrenz ist somit nicht nur ein "enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang" und eine "sachliche Zusammengehörigkeit" zwischen Tun und Unterlassen erforderlich, wie Geerds meint (1), sondern die tatsächliche Übereinstimmung der beiden Verhaltensweisen in der Art, daß der Täter aufgrund des an sich schon rechtswidrigen Tuns der ihm gebotenen Handlung nicht nachkommen kann und dadurch zugleich mit dem Tun zwangsläufig die gebotene Handlung unterläßt (2).

Dieses notwendige Zusammenfallen von rechtswidrigem Tun und Unterlassen ist nicht die einzige Möglichkeit der Idealkonkurrenz von Begehungs- und Unterlassungsdelikten. Durch die Lehre und Rechtsprechung sind nämlich unter bestimmten Gesichtspunkten an sich selbständige Verhaltensweisen zu einer "rechtlichen" Handlungseinheit (3) zusammengefaßt. Bestehen die einzelnen Akte aus Handlungen und Unterlassungen, wobei jede für sich materiell ein eigenes Unrecht erfüllt, so liegt auch in diesen Fällen Idealkonkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten vor.

---

1) Konkurrenz, S. 291. Das von Geerds gebildete Beispiel vom Warenhaus-Detektiv, der Anzeige des von ihm entdeckten Diebes unterläßt und stattdessen meldet, daß nichts zu ermitteln sei, scheitert wohl schon an dem Tatbestand der Begünstigung durch Unterlassen der Anzeige (§ 257), da er keine amtliche Stellung innehat, die ihn zur Verbrechensanzeige verpflichtet (s. Schönke-Schröder, § 257 RN 26)

2) Struensee müßte gemäß seinen Ausführungen zur Idealkonkurrenz zwischen Unterlassungdelikten (S. 46 ff, 52 f) schon bei einem "möglichen" Zusammenfallen der "strafbarkeitskonstitutiven Vorgänge" der Begehungs- und Unterlassungsdelikte gelangen; dies würde natürlich zu einer erheblichen Ausdehnung dieser Konkurrenzform führen.

3) z.B. die "tatbestandliche Handlungseinheit", s. unten S. 448 ff

Als Beispiel sei hier die Konstellation des Dauerdeliktes angeführt, das mit den Straftaten, die seiner Aufrechterhaltung dienen, eine "Handlungseinheit" iSd. § 73 bildet (1). Schafft der Unterhaltsverpflichtete bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Vermögensbestandteile beiseite, um damit seiner Unterhaltspflicht auch ferner nicht nachkommen zu müssen, so stehen das Unterlassungsdelikt § 17o b (2) und das der Aufrechterhaltung dienende Begehungsdelikt § 288 in Idealkonkurrenz zueinander (3).
Ebenso konkurrieren § 329 (durch Unterlassen) und § 267 (durch positives Tun) idealiter, wenn der Wärter eines Tresorraumes kurz vor Dienstschluß anhand der Passierscheine feststellt, daß er gerade seinen Feind X aus Versehen in den Tresor eingeschlossen hat, und zur Aufrechterhaltung der Freiheitsberaubung auch gegenüber seinem Vorgesetzten, der ihn gleich kontrollieren wird, einen Passierschein über das Verlassen des Tresors mit dem Namen des X unterzeichnet und den vorzulegenden Akten hinzufügt.

(2) Die Formen unechter Konkurrenz

Eine unechte Konkurrenz liegt vor, wenn durch eine oder mehrere "Handlungen" zwar mehrere Strafgesetze erfüllt worden sind, aber zur vollen Erfassung des gesamten vom Täter verwirklichten Unrechts ein Tatbestand ausreicht (4).

---

1) So die überwiegende Meinung, s. Maurach, AT § 55 I C 2 a; Jescheck, Lehrbuch, § 67 III 2; Welzel, Lehrbuch, § 3o I 4; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 46 c; anderer Ansicht BGHSt 18, 29, 32 f
2) Schönke-Schröder, § 17o b RN 17; kritisch Welzel, Lehrbuch, § 62 III 2 a
3) s. Schönke-Schröder, § 73 RN 19
4) s. oben S. 44o

Das ist häufig der Fall, wenn auf=grund der hier vertretenen tatsächlichen Unterscheidung von Tun und Unterlassen beide Verhaltensweisen zur Erreichung desselben rechtswidrigen Erfolges eingesetzt wurden und der Täter somit trotz der Verwirklichung mehrerer Strafgesetze materiell nur ein tatbestandliches Unrecht erfüllt hat.
Wie dieses Nebeneinander von Tun und Unterlassen mit Hilfe der bekannten Konkurrenzformen gelöst werden kann, soll nun dargelegt werden.

(a) Die natürliche Handlungseinheit

Im Strafgesetzbuch läßt sich eine Vielzahl von Tatbeständen finden, bei denen mehrere Willensverwirklichungen ausdrücklich zu einer Straftat zusammengezogen werden: Dies sind z.B. mehraktige Delikte, die durch verschiedenartige Handlungen erfüllt werden müssen (1), wie der Raub (§ 249 f) durch Nötigung und Wegnahme; oder auch Dauerdelikte, zu deren Herbeiführung und Aufrechterhaltung mehrere verschieden- oder gleichartige Willensakte erforderlich sind, trotzdem aber nur eine Straftat begangen worden ist, wie die Freiheitsberaubung (§ 239) z.B. durch Fangen, Fesseln, Einsperren des Opfers und wiederholtes Öffnen und Schließen des Kerkers zur Ernährung des Eingeschlossenen (2); außerdem alle Tatbestände, bei denen durch den Gebrauch von Pluralbegriffen die Beziehung auf mehrere Handlungen deutlich herausgestellt wird (3), z.B. § 150 "Metallgeldstücke" im Metallwert verringern, § 176 Abs.1

---

1) Schönke-Schröder, § 73 RN 8; R.Schmitt ZStW 75, 46; Jescheck, Lehrbuch, § 66 II 2
2) vgl. Schönke-Schröder Vorbem. § 73 RN 45; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/11; Jescheck, Lehrbuch, § 66 II 3
3) s. Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/11; Jescheck, Lehrbuch, § 66 III

Ziff. 1 "unzüchtige Handlungen", § 227 "Schlägerei" (1).
Auch ohne eine solche ausdrückliche Zusammenfassung mehrerer Verhaltensweisen durch einen Straftatbestand begreifen Lehre und Rechtsprechung mehrere Willensakte als eine Einheit, wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, daß sie alle von dem einen Tatbestand erfaßt werden. So liegt e i n e "Beleidigungstat" vor, wenn in einem Schreiben mehrere beleidigende Worte gebraucht werden (2), oder e i n e "Tötung", wenn der Täter mehrmals auf sein Opfer einsticht (3). Es ist hier auch nicht erforderlich, daß die Betätigungen gleichartig sind; vielmehr liegt selbst dann nur eine Tat vor, wenn der rechtswidrige Erfolg mit verschiedenen Mitteln herbeigeführt worden ist (4).
Ob nun das Gesetz diese Handlungseinheit ausdrücklich vorsieht (5) oder ob sie aus dem Inhalt, dem Sinne und der Wertung des Gesetzes ermittelt werden muß - in beiden Fällen werden die Willensakte nach dem Gesetz aufgrund eines natürlichen Verständnisses des Unrechts zu einer Straftat zusammengefaßt.

Die "natürliche Handlungseinheit" gehört also im Grunde gar nicht zur Konkurrenzlehre, sondern ist

---

1) Hierher gehören aber nicht die "Sammelstraftaten", s. dazu Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 47 ff; Geerds, Konkurrenz, S.268; Schmidhäuser,Lehrbuch, 18/23
2) RGSt 34, 134,135; Schmidhäuser,Lehrbuch, 18/14; R. Schmitt ZStW 73, 46; sog. "wiederholte Verwirklichung desselben Tatbestandes" s. Jescheck, Lehrbuch, § 66 III 1; Warda JuS 1964, 83 lit. 2 b
3) BGHSt 1o, 129; sog. " Verwirklichung eines Tatbestandes durch aufeinanderfolgende Akte", s. Jescheck, Lehrbuch, § 66 III 2; Warda JuS 1964, 83 2a
4) s. BGHSt 1o, 129; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 8 d; Jescheck, Lehrbuch, § 66 III 2
5) Diese Gruppe wird z.T. mit "tatbestandliche Handlungseinheit; (Schönke-Schröder, Vorbem. §73 RN 7a) z.T. mit "Verbrechenseinheit" (Geerds, Konkurrenz, S. 264) bezeichnet.

eine Frage der Gesetzesauslegung (1) - wenn sie auch durchweg im Rahmen der Konkurrenzlehre behandelt wird, weil mehrere Willensakte vorliegen.
Der Unterschied zwischen den Gruppen, in denen die Handlungseinheit einmal ausdrücklich und einmal nur implizite geregelt ist, kann keine Bedeutung haben und auch keine unterschiedliche Terminologie rechtfertigen (2), weil die Grenzen dazwischen fließend sind. So könnte man darüber streiten, ob mehrere Schläge unmittelbar unter den Begriff der Mißhandlung fallen (§ 223) oder erst mittels Auslegung darunter zu subsumieren sind (3), und ob im Tatbestand des § 267 das "Fälschen und Gebrauchen" derselben Urkunde bereits ausdrücklich zu einer Straftat zusammengefaßt ist (4).

Auch positives Tun und Unterlassen können eine "natürliche Handlungseinheit" bilden, wenn auch nicht in jeder der oben beschriebenen Erscheinungsformen.
Das ist ausdrücklich in den §§ 221 und 239 vorgesehen: Denn "Aussetzen" bedeutet Versetzen des

---

1) s. Geerds, Konkurrenz, S. 264; Welzel, Lehrbuch, § 29 II 3; Jescheck, Lehrbuch, § 66 I 3; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/11; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 8 c
2) s. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 8c; Jescheck, Lehrbuch, § 66 III 1; Schmidhäuser Lehrbuch, 18/11; Welzel, Lehrbuch, § 29 II 3; Geerds spricht einerseits einmal von Verbrechenseinheit und einmal von natürlicher Handlungseinheit (Konkurrenz, S.263 ff) und andererseits behandelt er beide Gruppen gemeinsam in § 25 seiner Anhandlung (S. 313 ff). Der Begriff der "natürlichen Handlungseinheit" wird z.T. auch anders verwandt: Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 1o; R. Schmitt ZStW 75, 58
3) vgl. aber Warda JuS 1964, 83 und 84
4) hierzu vgl. Schönke-Schröder § 267 RN 79

Opfers in hilflose Lage und anschließendes Verweigern der erfoderlichen Hilfe (1); und die Freiheitsberaubung gemäß § 239 geschieht durch Einsperren und das aufgrund dieser Handlung garantenpflichtwidrige Unterlassen der Freilassung, falls nicht schon allein durch das Unterlassen der Tatbestand erfüllt wird (2). Obwohl der Täter hier den Erfolg durch unterschiedliche Verhaltensweisen verwirklicht, liegt doch nur eine Straftat vor.

Auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht, können Tun und Unterlassen in einer natürlichen Handlungseinheit zusammentreffen.

So liegt eine "Tötung" vor, wenn die Mutter ihr Kind verhungern läßt und die Nachbarn fortschickt, die dem vor Hunger schreienden Kind zu Hilfe kommen wollen. Wenn hier auch tatsächlich zwei Willensakte vorliegen, so dienen sie beide doch nur dem einen Ziel, der Tötung des Kindes. Dies ist das vom Gesetz normierte Unrecht und es wurde nur einmal verwirklicht, sodaß materiell nur eine Straftat vorliegt (3).

Anders ist es auch nicht im Fliegengift-Fall (4), wenn

---

1) Kohlrausch-Lange, § 221 Anm. II
2) Höpfner I S. 251; Mannzen ZStW 54, 223; Geerds, Konkurrenz, S. 291
3) So, auf die positive Handlung bezogen, Welzel, Lehrbuch, § 66 III 2; Geerds JZ 1964, 594 Anm.17 und Konkurrenz, S. 291; Mannzen (ZStW 54, 223) knüpft dagegen nur an die unterlassene Handlung anstatt an die Unterlassung an, vgl. oben S. 44o Anm. 1 : daß dies nicht richtig sein kann, ergibt schon die Überlegung, daß das rechtswidrige Tun eventuell gar nicht bei Befolgung der gebotenen Handlung möglich gewesen wäre und deshalb eine natürliche Handlungseinheit nach dieser Betrachtung trotz Vorliegens mehrerer rechtswidriger Akte wegen "Unmöglichkeit der gebotenen Handlung" gar nicht gegeben wäre.
4) s. oben S. 426

die Mutter das Giftgefäß mit dem Tötungsvorsatz auf den Boden stellt, ebenso wie in allen anderen Fällen, bei denen der Garant das für ihn zu schützende Rechtsgut durch eine positive Handlung vorsätzlich verletzt, anstatt es zu schützen: Hier liegen zwar tatsächlich eine Handlung und eine Unterlassung (1) vor, durch die dem Delinquenten zwei Mal der rechtswidrige Erfolg zugerechnet werden könnte. Da das Gesetz aber an den Erfolg als den eigentlichen Strafgrund anknüpft, liegt nur eine Straftat vor, weil der Erfolg nur einmal herbeigeführt wurde. Der Garant ist also wegen des von ihm erfüllten Straftatbestandes nur einmal zu bestrafen (2).
Auch wenn ein Erfolg sowohl auf einem fahrlässigen Tun als auch auf einem fahrlässigen garantenpflichtwidrigen Unterlassen beruht, liegt eine natürliche Handlungseinheit vor. Denn auch hier kommt es auf den rechtwidrigen Erfolg als den eigentlichen Strafgrund an. Die Vielzahl von Sorgfaltspflichtverletzungen ist beim Zusammentreffen von sorgfaltswidrigem Tun und sorgfaltswidrigem Unterlassen ebenso irrelevant wie bei mehreren gleichartigen Verhaltensweisen (3). Im Ziegenhaarfall (4) bilden demnach das fahrlässige Herausgeben der Haare und das fahrlässige Unterlassen des Desinfizierens durch den Fabrikanten eine natürliche Handlungseinheit (5) - ebenso wie

---

1) Wenn die Gefahr für das Rechtsgut nach der Handlung noch abzuwenden ist.
2) über die Berücksichtigung der Unterlassung und Handlung im Strafmaß vgl. unten S. 469 f
3) vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 66 IV 1
4) RGSt 63, 211; s. oben S. 429
5) Da mehrere Menschen getötet wurden, liegt hier Idealkonkurrenz zwischen dem mehrfach erfüllten §§ 222 vor. Siehe dazu oben S. 443
vgl. auch Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/14

in den vielen anderen Fällen das sorgfaltswidrige Tun und das sorgfalts- und garantenpflichtwidrige Unterlassen, die den Erfolg verursacht haben.
Ein Blick auf die Kausalitätslehre soll diese Ansicht noch bekräftigen. Bei der Feststellung, ob der Täter für den rechtswidrigen Erfolg ursächlich ist, wird nicht jeder Verhaltensteil für sich selbst beurteilt, so daß der Täter die Kausalität des einen Verhaltens mit dem Hinweis auf die Erfolgsherbeiführung durch das andere Verhalten verneinen könnte; vielmehr wird bei der Ursächlichkeitsfeststellung sein gesamtes Verhalten als ein Kausalitätsfaktor behandelt (1).
Diese Zusammenfassung mehrerer Willensakte zu einem Tatkomplex ist im Strafrecht bei der Verantwortlichkeitsfeststellung also durchaus üblich. Ergibt die Auslegung des Tatbestandes, daß sein Unrecht nur einmal erfüllt ist - sei es auch durch mehrere, unmittelbar zusammenhängende Akte -, so sind sie hier wie dort zu einer Einheit zusammenzuziehen.

Überträgt man also die Grundsätze der "natürlichen Handlungseinheit", so wie sie von Lehre und Rechtsprechung für die Begehungsdelikte entwickelt wurden, auch auf das Zusammentreffen von Tun und Unterlassen, dann wird bei einem großen Teil der Fälle, in denen durch die tatsächliche Unterscheidung von Tun und Unterlassen ein mehrfaches Nebeneinander der beiden Verhaltensarten entsteht, die Vielzahl strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen wie bei der oben abgelehnten normativen Unterscheidungstheorie von Tun und Unterlassen (2) zu einer einzigen Straftat zusammengefaßt.

---

1) Zu dieser Entlastungsmöglichkeit bei der conditio-sine-qua-non-Formel, s. oben S. 41.
2) s. oben S. 427 ff

Es ließe sich nun gegen die hier angestellten Überlegungen einwenden, sie seien völlig nutzlos und daher rein akademischer Natur und ihr Ergebnis sei sogar bedeutend leichter über die herrschende Meinung der wertenden Unterscheidung der beiden Verhaltensarten zu erreichen.
Dieser Vorwurf geht jedoch fehl, denn einmal werden nicht alle Fälle so entschieden, sondern mit Hilfe der anderen Arten echter und unechter Konkurrenzen ihrer Eigenart entsprechend differenziert behandelt. Zum anderen sind bei der tatsächlichen Frage der Unterscheidung von Tun und Unterlassen normative Gesichtspunkte unangebracht; angebracht sind sie dagegen hier, wo es um die Auslegung der Tatbestände geht, denn bei dieser Frage ist das wertmäßige Verständnis der Norm entscheidend (1).

(b) Fortsetzungstat

Die Fortsetzungstat (2) ist eine von der Praxis entwickelte Rechtsfigur, mit deren Hilfe eine Serie von Verhaltensweisen, die nicht mehr zu einer "natürlichen Handlungseinheit" zusammengefaßt werden können, doch noch zu einer rechtlichen Bewertungseinheit gebündelt werden. Wenn sie den Kreis der als eine Straftat zu begreifenden Verhaltensweisen

---

1) Welzel, Lehrbuch, § 29 II 3, "das dem Tatbestand zugrundeliegende soziale Tätigkeitsbild" im Vergleich zu § 26 II 3; s. auch Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/14
2) Dieser Begriff ist geeigneter als die "fortgesetzte Handlung", weil jener ohne weiteres auch "fortgesetzte Unterlassungen" erfassen könnte, die ja ebenfalls möglich sind; s. Geerds, Konkurrenz, S. 306 Anm. 348 mwN.

gegenüber der natürlichen Handlungseinheit auch erweitert, so stellt sie doch keine Ausdehnung dieser Erscheinung dar: Die Grenze der Tatbestandsauslegung wird durch die Fortsetzungstat weit überschritten (1).
Hiermit soll eine Mehrzahl von strafbaren Verhaltensweisen, die jede für sich das tatbestandliche Unrecht - auch materiell - vollständig erfüllen und deshalb selbst bei einer sehr großzügigen Auslegung immer mehrere Straftaten darstellen, vorwiegend aus prozesstechnischen Gründen (2) miteinander verbunden werden, ohne daß Gesetz oder Sprachgebrauch einen Anhaltspunkt dafür geben (3).

Die Voraussetzungen der Fortsetzungstat, die also jeder gesetzlichen oder wesensmäßigen Grundlage entbehren, sind allein nach den Bedürfnissen der Praxis festgesetzt: Es sind die Gleichartigkeit der Begehungsweise, die Gleichartigkeit des verletzten Rechtsgutes und die Einheitlichkeit des Vorsatzes (4).
Die gemäß dieser Definition von der Praxis geforderte

---

1) Preiser ZStW 58, 757; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 8 c, anders in RN 16; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/15
2) vgl. bes. RGSt 7o, 243, 244, es würde "als eine lästige, überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit erscheinen", wollte man jede Handlung als selbständige Straftat behandeln.
3) Z.T. wird aber die Fortsetzungstat auch auf Fälle erstreckt, die eigentlich zur "natürlichen Handlungseinheit" gehören, vgl. Geerds, Konkurrenz, S. 296; Jescheck ZStW 67, 554 f; wie hier aber die h.M., vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 16 a; Jescheck, Lehrbuch, § 66 V 1
4) Das ist heute allgemein anerkannt, vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 66 V 2; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/18; Geerds, Konkurrenz, S. 3o2, 3o6, 3o8; auch Struensee S. 93, über die Gleichartigkeit der gebotenen Handlung bei den Unterlassungsdelikten

gleichartige Begehungsweise fehlt, wenn der Täter einmal durch Tun und einmal durch Unterlassen gegen dasselbe Strafgesetz verstößt. Demzufolge ist zwischen beiden Verhaltensarten kein Fortsetzungszusammenhang möglich(1).
Es erübrigt sich daher, auf die Kritik einzugehen, welche die Rechtsfigur der Fortsetzungstat prinzipiell in Frage stellt, weil sie zum einen die gesetzliche Regelung des § 74 umgeht, ohne dies mit einem gesetzlichen Anhaltspunkt rechtfertigen zu können, und zum anderen noch die prozessualen Schwierigkeiten vermehrt, anstatt sie zu verringern (2).

(c) Die Gesetzeskonkurrenz

Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches werden sozial schädliche Erfolge und Verhaltensweisen nicht isoliert voneinander unter Strafe gestellt, sondern die Straftatbestände sind vielfältig voneinander abhängig, ergänzen und überdecken sich. Diese Struktur ist darauf zurückzuführen, daß jedes moderne Strafgesetz sich um eine möglichst lückenlose und differenzierte Erfassung der strafwürdigen Verhaltensweisen bemüht.
So geschieht es, daß ein Verhalten, welches nur ein materielles Unrecht erfüllt, den Wortlaut mehrerer

---

1) Geerds, Konkurrenz, S. 306 zu Anm. 348; Jescheck, Lehrbuch, § 66 V 2 a; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 33, 22; RGSt 68, 315, 317; BGH GA 1955,211; OLG Frankfurt NJW 1953, 557; OLG Bremen NJW 1955, 1606; anders Mösl in LK Vor § 73 RN 31
2) Schon v.Buri, Einheit und Mehrheit, S. 38; Doerr, Beilageheft zu GS Bd.71, 63 mwN.; heute vor allem Geerds, Konkurrenz, S. 427; Preiser ZStW 58, 775 ff; ders. ZStW 71, 345 ff; R. Schmitt ZStW 75, 60; Jescheck ZStW 67, 553; Schmidhäuser, Lehrbuch,18/22

Gesetze verletzt, weil der Gesetzgeber die einzelnen Rechtssphären unter verschiedenen Gesichtspunkten oder in unterschiedlichen Gefährdungsstadien schützen will. In einem solchen Falle werden alle Straftatbestände, deren Unrechtsgehalt von einem ebenfalls erfüllten Strafgesetz miterfaßt wird, von diesem verdrängt.
Man nennt diese Erscheinung "Gesetzeskonkurrenz", weil die Gesetze nur formell wegen der Systematik des Gesetzbuches konkurrieren, ohne daß ein materielles Konkurrenzverhältnis vorliegt (1). Gemäß den Gründen, die das nur dem Wortlaut nach erfüllte Strafgesetz ausschließen, unterscheidet man Subsidiarität, Spezialität und Konsumtion.

(aa) Die Subsidiarität

Ein Strafgesetz ist gegenüber dem anderen subsidiär, wenn das eine nur hilfsweise für den Fall Anwendung findet, daß nicht das andere, weitergehende Gesetz zur Anwendung kommt. Die Subsidiarität kann ausdrücklich in dem Gesetz durch entsprechende Klauseln bestimmt sein oder sich durch teleologische Auslegung der Strafbestimmungen ergeben.
Ausdrücklich legt das Gesetz kein Subsidiaritätsverhältnis zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten fest; dagegen kann häufig zwischen ihnen nach den allgemeinen Grundsätzen stillschweigende Subsidiarität bestehen. Wenn z.B. der Vater einen Dritten anstiftet, sein Kind zu töten, so wird die geringere Beteiligungsform der Anstiftung (durch Tun) durch die Täterschaft (durch garantenpflicht-

1) Zur Kritik dieses Begriffes vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 69 I 1; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 57; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/26

widriges Unterlassen) bei der Tötung des Kindes verdrängt; oder wenn die Mutter das Kind verhungern lassen will, aber später, weil ihr das zu lange dauert, ihr Kind erwürgt, dann tritt der Unterlassungsversuch als subsidiär hinter der vollendeten Begehungstat zurück (1).

Der Streit, ob § 330 c zu dem auf den gleichen Erfolg gerichteten Verletzungsdelikt subsidiär ist oder idealiter konkurriert (2), ist schwieriger darzustellen als zu lösen. Denn wenn der Täter das Opfer z.B. vorsätzlich angefahren hat, um es zu töten, und es sterbend auf der einsamen Straße liegen läßt, soll die unterlassene Hilfeleistung gar nicht vorliegen, weil dem vorsätzlich handelnden Täter die seinem Vorhaben entgegenstehende Hilfeleistung nicht zuzumuten ist (3).
Bringt der Täter das Opfer dagegen fahrlässig in die Gefahrenlage, so daß er sich wegen fahrlässiger Erfolgsherbeiführung zu verantworten hat, so entsteht durch diese Handlung zugleich eine Garantenpflicht, welche die Verantwortlichkeit des Unterlassenden wegen vorsätzlicher Rechtsgutsverletzung begründet. Da die fahrlässige Erfolgsherbeiführung von dem auf den gleichen Erfolg gerichteten vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt verdrängt

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 61; vgl. aber Maurach, AT § 56 II A 2, insbes. lit.b
2) vgl. Maurach, AT § 45 IV 2, BT § 51 I B 5; Oehler JuS 1961, 154 f; Schönke-Schröder, § 330 c RN 34; Baumann, Lehrbuch, S.629; BGHSt 3,65; 14, 282 ff
3) Oehler JuS 1961, 155, anders aber Schönke-Schröder § 330 c RN 23; BGH GA 1956, 120; die sehr vielschichtige Frage, ob die Rechtsordnung bei der Prüfung der Zumutbarkeit ein rechtsfeindliches Vorhaben überhaupt berücksichtigen kann, muß hier offen bleiben. - Die Verwirklichung des § 212 durch Unterlassen bildet mit der Verwirklichung durch positives Tun eine natürliche Handlungseinheit; s. oben S. 450 f.

wird (1), würde hier nur ein Konkurrenzverhältnis zum vorsätzlichen Unterlassungsdelikt entstehen, was aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Um die Vielzahl der Fragen (2) zu umgehen, soll hier - losgelöst von den tatbestandlichen Fragen - das Verhältnis des § 330 c zu den entsprechenden Verletzungsdelikten für den Fall aufgezeigt werden, daß sie tatsächlich zusammentreffen.
Zum vorsätzlichen Verletzungsdelikt (3) (§§ 212, 211; 223 ff; 303 ff) steht § 330c im Verhältnis der Subsidiarität, wenn der Verletzungsvorsatz auf die in der Gefahrensituation bedrohten Rechtsgüter gerichtet ist (4). Das Unrecht des § 330 c ist gegenüber den Verletzungsdelikten ein minus und nicht aliud, wenn es im Vergleich zu ihnen auch eigenständig ist (5). Die allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung, die jedermann ohne Erfolgszurechnung trifft, wurde nämlich von dem Gesetzgeber in der Absicht der Schadensabwehr geschaffen; hierzu mußte er im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung ein Unrecht normieren, das von der Verletzung selbst zwar unabhängig ist, aber dieser doch entgegenwirken sollte.
Das heißt jedoch nicht, daß der Gesetzgeber damit ein neues Rechtsgut geschaffen hat, das neben dem

---

1) als mitbestrafte Vortat s. unten S. 461; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 61; Schmidhäuser, Lehrbuch, 16/108
2) vgl. Oehler JuS 1961, 154 f
3) Das gilt sowohl für die Begehungs- als auch für die unechten Unterlassungsdelikte, so daß bei Ausschluß der Zumutbarkeit im ersten Fall zumindest bei den Unterlassungsdelikten diese Frage Bedeutung gewinnt.
4) h.M., s. Baumann, Lehrbuch, S. 629; Schönke-Schröder, § 330 c RN 34; Kohlrausch-Lange § 330 c Anm. VII; Mösl in LK § 330c RN 25; BGHSt 3, 65, 68
5) Schönke-Schröder, § 330c RN 1; Gallas, Beiträge, S. 260/261

Verletzungsdelikt eine eigene Bedeutung besitzt und demgemäß beim Zusammentreffen dieser Delikte die Idealkonkurrenz ermöglicht (1). Das Verhaltensunrecht in § 33o c erhält vielmehr seine wesentliche Prägung von den gefährdeten Rechtsgütern her - was sich in vielerlei Beziehung äußert (2) -, ohne jedoch die Verantwortlichkeit für deren Verletzung in sich aufzunehmen (3).

Dieses der Verletzungsverantwortung vorgelagerte Unrecht ist daher dem Unrecht der Gefährdungsdelikte vergleichbar, die trotz des eigenen Unrechtsgehalts in ihrem Wesen von den gefährdeten Rechtsgütern her geprägt (4) und wie diese den Verletzungsdelikten gegenüber subsidiär sind.

Dagegen kann § 33o c im Verhältnis zu einem fahrlässigen Verletzungsdelikt (§§ 222, 23o, 3o9) (5) in Idealkonkurrenz stehen. Neben der Verantwortlichkeit für fahrlässige Erfolgsverursachung bleibt dem vorsätzlichen Unterlassen der Hilfspflicht nämlich eine eigene Bedeutung, weil die gewollte Abkehr von der allgemeinen Pflicht zur Schadensabwehr im Vergleich zur fahrlässigen Erfolgszurechnung den besonderen Unrechtsakzent der bewußten Rechtsfeindlichkeit setzt (6).

---

1) so Maurach, AT § 45 IV 2; BT § 51 I B 5; auch Oehler JuS 1961, 152
2) Sie entfällt z.B., wenn keine Schadensminderung mehr möglich ist (BGHSt 1, 259); wenn von anderer Seite bereits ausreichend Hilfe geleistet wird (BGH JZ 1952, 116); wenn die schadensmindernde Handlung dem Pflichtigen nicht möglich ist (RGSt 74, 2oo)
3) vgl. oben S. 56 f
4) s. Gallas, Beiträge, S. 261
5) z.B. wenn der Unterlassende fahrlässig die Rettung des Unfallopfers nicht mehr für möglich hält und deshalb nicht mehr als Garant wegen vorsätzlicher Tötung verantwortlich ist, aber bewußt nicht die Schmerzen des Sterbenden lindert (vgl. oben S. 43o)
6) Oehler JuS 1961, 156; Schönke-Schröder, § 33o c RN 34; a.A. Baumann, Lehrbuch, S. 629

Ein Sonderfall der Subsidiarität ist die "mitbestrafte Vortat".
Bei der Vielzahl der Definitionen dieses Begriffes (1) fällt es nicht leicht, ihn von den sonstigen Fällen der Subsidiarität abzusetzen. Hier soll von einer "mitbestraften Vortat" gesprochen werden, wenn bei einer Mehrzahl von selbständigen Verhaltensweisen zwar jede für sich eine Strafrechtsnorm erfüllt, der Gesamtkomplex aber nur unter dem Gesichtspunkt der nachfolgenden Tat zu bewerten ist (2).
Dazu gehört der Fall, daß der Täter erst fahrlässig durch positives Tun eine Ursache für den Tod des Opfers setzt und danach entgegen seiner Garantenpflicht, die spätestens durch jenes gefährdende Tun entstanden ist, den Todeseintritt vorsätzlich nicht verhindert (3).
Diese Konstellation kann relativ häufig bei Verkehrsunfällen verwirklicht werden, wenn der Kraftfahrer den Unfallort (4) und den von ihm lebensgefährlich Verletzten aus Furcht vor der Strafverfolgung

---

1) Jescheck, Lehrbuch, § 69 II 2 b; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/45; Baumann, Lehrbuch, S. 648; Welzel, Lehrbuch, § 3o II 2b; Schwarz-Dreher, Vor § 73 Anm6
2) vgl. nur Baumann, Lehrbuch, S.648; Welzel, Lehrbuch, § 3o II 2b; Maurach AT §56 II A; Honig, Straflose Vor- und Nachtaten, S.11 ff
3) Führt das nachfolgende vorsätzliche Unterlassen nur zu einem Versuch (weil das Opfer ohnehin nicht mehr zu retten war) so liegt Realkonkurrenz zwischen § 222 und §§ 212,43 vor; denn hier kommt beiden Verhaltensweisen ein selbständiger Unrechtsgehalt und damit eine eigene Bedeutung zu; siehe BGHSt 7,287; Lange in LK § 222 RN 2o; Schönke-Schröder § 73 RN 61. Ein vorsätzliches vorangegangenes Tun und ein vorsätzliches Unterlassen stehen entweder in Realkonkurrenz zueinander (wenn voneinander selbständige Verbrechensentschlüsse gefaßt wurden) oder sie bilden eine natürliche Handlungseinheit, weil beide Mittel zur Erzielung des gleichen Erfolges eingesetzt wurden (s. oben S. 451).
4) Zum Verhältnis von § 212 durch Unterlassen und § 142 vgl. oben S.445.

verläßt und - falls auch von anderer Seite keine Hilfe kommt - für den Tod des Angefahrenen verantwortlich ist (1). Die fahrlässige Rechtsgutsverletzung tritt hinter dem bewußten Hinwirken auf die Verletzung desselben Rechtsgutes zurück, weil die Erfolgszurechnung aufgrund des fahrlässigen Tuns völlig in dem vorsätzlichen Verletzungsdelikt enthalten ist und dadurch entsprechend dem Unrechtsgehalt von letzterem gänzlich aufgesogen wird; insoweit wird die fahrlässige Vortat als ein minus gegenüber der vorsätzlichen Tat von dieser mitbestraft (2).

(bb) Die Spezialität

Wenn ein Strafgesetz alle Merkmale eines anderen Strafgesetzes und außerdem noch weitere (spezialisierende) Merkmale enthält, dann steht das andere zu diesem im Verhältnis der Spezialität; soweit es sich um das gleiche konkrete Geschehen handelt (3), geht das spezielle Gesetz dem allgemeinen vor.

Tun und Unterlassen können auch in dieser Form der Gesetzeskonkurrenz zusammentreffen, etwa wenn der Täter als Garant für das angegriffene Rechtsgut durch positives Tun einen speziellen Straftatbestand verwirklicht, den er durch Unterlassen nicht erfüllen

---

1) Zu einem anderen Beispiel für diese Konstellation vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 61: Der Bauer, der fahrlässig sein Wohnhaus in Brand setzt, wird wegen vorsätzlicher Brandstiftung bestraft, wenn er den Brand rechtzeitig entdeckt und nicht löscht.
2) Ebenso Jescheck, Lehrbuch, § 69 II 2 a; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/45; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 61
3) vgl. Baumann, Lehrbuch, S. 627

kann, und daher bei der Prüfung dieses Verhaltens auf den Grundtatbestand zurückgegriffen werden muß. Beispielsweise liegt zwischen § 239 und § 239 a Spezialität vor, wenn ein reisender Händler aus Versehen ein Kind in den Laderaum seines Wagens eingeschlossen hat und, als er das bemerkt, das Kind nicht aus dem Wagen herausläßt, um von den Eltern ein Lösegeld zu erpressen.

(cc) Die Konsumtion

Berücksichtigt ein Tatbestand den Unrechtsgehalt eines anderen Straftatbestandes mit, weil dieser im Regelfalle zugleich mit dem anderen verwirklicht wird, dann konsumiert der erste Tatbestand den zweiten (1).
Die Konturen dieser Rechtsfigur sind sehr unscharf, da die Frage um die "typische Miterfüllung des konsumierten Tatbestandes bei der Erfüllung des dominanten Straftatbestandes" nicht durch die Gesetzessystematik oder durch Logik beantwortet werden kann, sondern nur mit einer wertenden Betrachtung der Straftatbestände (2). Auch wird die Abgrenzung zu den anderen Formen der Gesetzeskonkurrenz, insbesondere zur Subsidiarität, sehr unterschiedlich gezogen, so daß die "mitbestrafte Vortat" teilweise auch der Konsumtion zugeordnet wird (3).

---

1) Lackner-Maassen, Vorbem. § 73 Anm. III 1c
2) s. Baumann, Lehrbuch, S. 628; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 77; Jescheck, Lehrbuch, § 69 II 3, vgl. auch die dort in Anm.16 Genannten
3) vgl. Klug ZStW 68, 399; R.Schmitt ZStW 75,49 ff; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 77; Lackner-Maassen, Vorbem. § 73 Anm. IV

Um der weiteren Ausgestaltung und Umgrenzung dieser Konkurrenzform nicht vorzugreifen (1), sollte die Konsumtion als die allgemeine Form der Gesetzeskonkurrenz verstanden werden. Danach wird ein Strafgesetz konsumiert, wenn ein anderes den gesamten strafrechtlichen Vorwurf gegen den Täter enthält, sodaß kein Strafbedürfnis aus jenem Gesetz mehr besteht, und wenn weder ein Verhältnis der Subsidiarität noch der Spezialität vorliegt (2).
Beispiele für die Konsumtion eines Unterlassungsdeliktes durch ein anderes sind leicht zu finden: Der Gefangenenwärter läßt den Gefangenen in Anstaltskleidung entwischen; § 347 konsumiert die typischerweise miterfüllte Beihilfe zum Diebstahl der Anstaltskleidung durch den Gefangenen (§§ 242, 49).
Dagegen ist es schwer, Beispiele für eine Konsumtion zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten zu konstruieren. Denn § 330 c ist gegenüber der Verletzung der gefährdeten Rechtsgüter subsidiär (3), und die §§ 138, 139 kommen gar nicht in Betracht, wenn der über das geplante Verbrechen Informierte selbst in irgendeiner Weise daran beteiligt ist (4).

---

1) s. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 77
2) s. Geerds, Konkurrenz, S. 216 f; Jescheck, Lehrbuch, § 69 II 3
3) s. oben S. 459
4) Schönke-Schröder, § 138 RN 14; BGHSt 19,167; Mezger-Blei, StuB BT § 82,2. Selbst wenn man dies ausschalten könnte (ev. wenn der Anzeigepflichtige die Anzeige eines anderen durch das Durchschneiden des Telefonkabels unmöglich macht, und deshalb zuerst § 138 erfüllt und nach Verkürzung seines tempus utile Beihilfe zu dem Verbrechen geleistet hat -s. Oben S.59f), müßte man wohl Subsidiarität des § 138 annehmen, weil dieser Tatbestand ähnlich wie § 330 c vornehmlich dem Schutz der durch das Verbrechen bedrohten Rechtsgüter dient (so die h.M. Schönke-Schröder, § 138 RN 1; Heimann-Trosien in LK § 138 RN 3; a.A. Maurach, BT § 79 I; v.Liszt-Schmidt S. 849)

Meist wird die "mitbestrafte Nachtat" als eine besondere Erscheinung der Konsumtion bezeichnet (1), die sich im Vergleich zu dieser dadurch auszeichnet, daß das dominante und das konsumierte Strafgesetz durch solche Verhaltensweisen erfüllt sind, die keine Handlungseinheit bilden (2). Straflose Nachtaten sind demnach rechtswidrige Verwertungs- und Sicherungshandlungen, die das durch die Vortat verletzte Rechtsgut beeinträchtigen, ohne den bereits angerichteten Schaden zu vergrößern oder zu vertiefen. Sie kommen fast ausschließlich bei Straftaten gegen das Eigentum bzw. gegen das Vermögen vor.

> A bewahrt schon seit Jehren für B eine künstlerisch gestaltete Figur aus edlem Metall in einem Banktresor auf. B hat den Aufbewahrungsort vergessen und will ihn von A erfahren. A schweigt und gibt keinerlei Auskunft, als er die günstige Gelegenheit zur Unterschlagung der Figur sieht. Später läßt er sie einschmelzen, um die Herkunft der Metalle zu verschleiern.

Durch die Nichtangabe des Aufbewahrungsortes entgegen seiner Pflicht aus dem Verwahrungsvertrag hat A die Figur sich zugeeignet (§ 246 durch Unterlassen (3)); das Einschmelzen der Figur (§ 303) ist eine bloße Sicherungshandlung, ohne eigene strafrechtliche Bedeutung (4). Da das von A verwirklichte

---

1) Jescheck, Lehrbuch, § 69 II 3b; Schmidhäuser, Lehrbuch, 18/37 f; Baumann, Lehrbuch, S. 647; a.A. Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 66; R.Schmitt ZStW 75, 55; Mösl in LK Vorbem. § 73 RN 59
2) Baumann, Lehrbuch, S. 647; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 RN 66; RGSt 59, 175; vgl. auch zur straflosen Vortat und Subsidiarität oben S. 461.
3) Zur Unterschlagung durch Unterlassen vgl. oben S. 308 ff und 349 ff.
4) Das entspricht der h.M.: vgl. Maurach, AT § 56 II B 2c; Welzel, Lehrbuch, § 48 V; Schönke-Schröder, § 303 RN 19; a.A. Sauer, Strafrechtslehre, S. 242

Unrecht vollständig durch die Strafbestimmung des § 246 erfaßt wird, konsumiert diese Vorschrift den mit der Sicherungshandlung zusätzlich erfüllten § 303.

Mit Hilfe der bekannten Formen der echten und unechten Konkurrenzen läßt sich also das vielfache Nebeneinander von Tun und Unterlassen trennen, welches entsteht, wenn man die beiden Verhaltensarten ihrer tatsächlichen Erscheinung nach unterscheidet.
Damit ist die normative Lehre zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen widerlegt, weil sie die Frage, die erst durch die Konkurrenz gelöst wird, mit groben und undifferenzierten normativen Gesichtspunkten zu beantworten sucht und dadurch die eingehende gesetzliche Regelung umgeht.

3. Die Gleichwertigkeit von Begehungs- und Unterlassungsdelikten

Das Problem der Gleichstellung von Begehungs- und Unterlassungsdelikten ist klar vom Problem der Gleichwertigkeit dieser Deliktsarten zu trennen (1): Das erste ist eine tatbestandliche Frage, nämlich ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unterlassen von den gesetzlichen Straftatbeständen erfaßt wird. In der Hauptsache ist dies ein Problem der Systematik des Strafgesetzbuches, welches bereits behandelt wurde (2); außerdem gehört hierzu das

---

1) vgl. dazu den Wortlaut des § 13 Abs. 1 und 2 des 2. StrRG
2) s. oben S. 21 ff

Garantenproblem, das nur erwähnt werden konnte (1).

Das Gleichwertigkeitsproblem setzt die Gleichstellung voraus; erst dann ist nämlich zu fragen, inwieweit der Strafrahmen, der für den vom Unterlassenden erfüllten Tatbestand festgelegt ist, auf das Unterlassungsdelikt anzuwenden ist (2).
Hierherein spielt auch indirekt (3) die Unterscheidung des Unterlassens nach Täterschaft und Teilnahme, da hiermit unterschiedliche Strafrahmen für das Unterlassen zur Verfügung gestellt werden (§ 49 Abs.2 bzw. § 27 Abs.2 des 2. StrRG) (4); dies wurde im zweiten Teil der Arbeit eingehend behandelt.
Hier sollen nur ein paar Aspekte der Gleichwertigkeitsfrage angesprochen werden (5), um die Mehrschichtigkeit des Unterlassungsproblems noch einmal herauszustellen (6).

Die herrschende Lehre hält einen Teil der Unterlassungsdelikte für weniger strafwürdig als die entsprechenden Begehungsdelikte und tritt daher

---

1) s. oben S. 28 f
2) s. oben S. 44f und Jescheck, Lehrbuch, § 58 V 1 und 2; Schmidhäuser, Lehrbuch, 16/22; Henkel MSchrKrim 1961, 179; Schönke-Schröder, Vorbem. § 1 RN 142 f
3) Weil der entscheidende Gesichtspunkt für die Abgrenzung der Beteiligungsarten nicht die Strafwürdigkeit des Verhaltens ist; sie ist eher nur eine Folge dieser Unterschiede, s. oben S. 15o ff
4) ebenso Herzberg, Unterlassung, S. 257 f, 271
5) Die Terminologie ist hier sehr oft unterschiedlich. So wird teilweise das Problem der Gleichstellung als Gleichwertigkeitsproblem bezeichnet (s. Gallas ZStW 8o, 19 f) und umgekehrt.
6) s. Henkel MSchrKrim 1961, 188

für eine fakultative Strafmilderung (1) bei den gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Unterlassungsdelikten (2) analog der gegenwärtigen Fassung des § 49 Abs. 2 ein (3), und zwar schon nach der gegenwärtigen Gesetzesregelung - vor dem Inkrafttreten des 2. StrRG.

Die Argumente gegen dieses Verfahren ergeben sich aus den vorstehenden Abhandlungen dieser Arbeit: Ob ein Straftatbestand durch Unterlassen erfüllt werden kann, richtet sich nach dem darin enthaltenen Unrecht; enthält das Unrecht des Tatbestandes besondere Unrechtsmerkmale, die dem positiven Tun vorbehalten sind, so ist hier ein Unterlassungsdelikt nicht möglich.
Diese Gleichstellungsprüfung des Unterlassens mit dem Unrecht der Norm scheidet von vornherein alle Unterlassungen, die nicht das gleiche Unrecht enthalten können, mit Hilfe des Tatbestandes aus (4).

Eine weitere Differenzierung des Unterlassens, das nach dieser Prüfung dem Tun "gleichsteht", ist durch die Täterschaft und Teilnahme möglich; daß

---

1) Eine obligatorische Strafmilderung für Unterlassungsdelikte wird wohl nirgends vertreten, denn das Gesetz stellt ja vielfach Tun und Unterlassen ausdrücklich unter die gleiche Strafe, und auch bei den gesetzlich nicht geregelten Delikten gibt es Fälle, die zweifelsfrei wertgleich sind; vgl. Jescheck, Lehrbuch, § 58 V 1; Welzel, Lehrbuch, § 28 VI
2) Das sind nach Kaufmanns Terminologie die unechten Unterlassungsdelikte, s. oben S. 69.
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 303; Roxin, Täterschaft, S. 501; Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 143; Jescheck, Lehrbuch, § 58 V; Schmidhäuser, Lehrbuch, 16/22; Welzel, Lehrbuch, § 28 VI.- Dies wird gemäß § 13 Abs.2 des 2.StrRG demnächst geltendes Recht.
4) s. oben S. 44 ff; Eb.Schmidt, Niederschriften, 2. Band, S. 281; dazu Kaufmann, Dogmatik, S. 302

diese Beteiligungsarten grundsätzlich auch beim Unterlassenden zu finden sind, wurde im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt und im zweiten Teil im einzelnen ausgeführt (1).
Ein großer Teil der Autoren, die eine fakultative Strafmilderung schon de lele lata befürworten, lehnt eine solche Differenzierung des Unterlassens nach Täterschaft und Beihilfe überhaupt oder weitgehend ab (2), so daß nur ein einziger - und nicht wie in den §§ 47 - 49 vorgesehen, ein differenzierter - Strafrahmen auf alle Unterlassungsdelikte angewandt werden kann; dieser muß infolgedessen sehr weit sein.
Daß Kaufmann zu diesen Autoren gehört, ist besonders bemerkenswert; nachdem er nämlich jede dogmatische Beziehung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten abgelehnt und nur eine axiologische anerkannt hat (3), zerstört er nun auch dieses letzte Bindeglied, indem er durch die generelle Strafmilderungsmöglichkeit bei Unterlassungsdelikten nicht einmal mehr eine wertmäßige Parallele zwischen den beiden Deliktsarten beläßt (4). Es drängt sich damit die Frage auf, was die Unterlassungsdelikte nach Kaufmanns Dogmatik mit dem Strafgesetzbuch zu tun haben, wenn sie nunmehr sogar jeder gesetzlichen Regelung und Wertung entzogen sind.

Die verbleibenden Wertunterschiede in dem vom Unterlassenden begangenen Unrecht sind ebenso wie bei den Begehungsdelikten innerhalb des Strafrahmens zu

---

1) siehe oben S. 73 ff und 253 ff
2) Dies sind die Vertreter der Theorie vom Einheitstäter bei Unterlassungsdelikten, s. oben S. 4 ff; vgl. auch Roxin, Täterschaft, S. 459 und oben S. 178 ff
3) Kaufmann, Dogmatik, S. 276; s. oben S. 10 ff
4) s. oben S. 12 und Kaufmann, Dogmatik, S. 303

berücksichtigen, den der verwirklichte Straftatbestand vorsieht.

Hierbei stößt man nur im Tatbestand des § 211 auf Schwierigkeiten, denn dort wird für den Mörder die Höchststrafe des lebenslangen Freiheitsentzuges absolut festgesetzt (1). Für eine Abstufung der Strafe nach dem Maß der Verantwortung scheint also kein Raum zu sein.
Nach herrschender Ansicht ist der Tatbestand des § 211 jedoch zu weit gefaßt (2), weil auch Verhaltensweisen, die nicht die Höchststrafe verdienen, dem Wortlaut nach unter dieses Strafgesetz fallen können.
Während früher eine korrigierende Auslegung mit Hilfe der Lehre vom Tätertyp erfolgen konnte, indem man die Gesamtpersönlichkeit des Täters im Vergleich zu dem vom Gesetzgeber vorgestellten Typ des Mörders berücksichtigte (3), muß heute bei der einhelligen Ablehnung dieser Lehre (4) ein anderes Korrektiv benutzt werden, um den Täter einer gerechten Strafe zuzuführen. Dies ist trotz der Proteste der Praxis (5) und trotz der Gefahr für die Rechtssicherheit (6) geboten, weil eine wortgetreue Auslegung des § 211 im Einzelfall zu einer weit höheren Strafe führen könnte, als der Verantwortliche nach seinem Verhalten Schuld auf sich geladen hat; außerdem

---

1) Zu § 211 durch Unterlassen vgl. oben S.48 ff.
2) Maurach, BT § 2 III A 3; Welzel, Lehrbuch, § 38 II 2 mwN.; Lange in LK § 211 RN 2; Rieß NJW 1968, 629; Schönke-Schröder, § 211 RN 6
3) vgl. Rieß NJW 1968, 629; BGHSt 7, 297, 299
4) s. Maurach, BT § 2 III A 1 mwN.
5) BGHSt 3, 183, 186; 9, 385, 388 f
6) vgl. Rieß NJW 1968, 63o

würde dadurch das Gerechtigkeitsgebot als Bestandteil des Rechtsstaatlichkeitsprinzips (Art. 2o Abs.3 GG) (1) eklatant verletzt (2).
Die herrschende Lehre legt demzufolge den § 211 anhand des ungeschriebenen Merkmals der "besonderen Verwerflichkeit" des Täterverhaltens einschränkend aus (3). Geht man so vor (4), dann kann auch das garantenpflichtwidrige Unterlassen, das diesen Straftatbestand erfüllt, bei fehlender besonderer Verwerflichkeit den §§ 212, 213 unterstellt und so entsprechend der Schuld des Täters unterschiedlich bestraft werden (5).

Diese drei gesetzlichen Differenzierungsmöglichkeiten - die Gleichstellungsprüfung, die differenzierte Beteiligungslehre und der jeweilige Strafrahmen - reichen aus, die unterschiedliche Strafwürdigkeit der Unterlassenden hinreichend zu berücksichtigen, so daß de lege lata eine fakultative Strafmilderung bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht erforderlich ist.

Natürlich kann der Gesetzgeber eine Strafmilderungsklausel vorsehen, wenn ihm die drei genannten

---

1) Maunz, Staatsrecht, § 11 III
2) s. Roxin JuS 1966, 384 f; Sax, Grundrechte, S. 924; Maurach, AT § 7 III ; Baumann, Lehrbuch, S. 11
3) Welzel, Lehrbuch, § 38 II 2; Schönke-Schröder, § 211 RN 6 mwN.
4) Bedenken dagegen erhebt Rieß (NJW 1968, 63o); aber auch nach seinem Verfahren wäre eine differenzierte Bestrafung möglich.
5) Dagegen führt die Auslegung des § 211 so, wie der sie zur Vermeidung von Härtefällen durchführt (s. BGHSt 7, 287,29o/291 und oben S. 51ff) zu einer unerträglichen Unsicherheit bei der Auslegung des Tatbestandes, weil sie entgegen den allgemeinen Auslegungsregeln erfolgt. Sie ist als nicht folgerichtig abzulehnen; ebenso Rieß NJW 1968,629 und Maurach, BT § 2 III B 1a.

Möglichkeiten zur Differenzierung der Strafe bei Unterlassungsdelikten nicht genügen.
Bei einigen, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Unterlassungen wäre es vielleicht angebracht, über den oben abgesteckten Rahmen hinaus zuweilen die Strafe zu mildern, weil den Delinquenten wegen seines Verhaltens ein besonders leichter Vorwurf trifft; zu denken wäre hier an die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun, die häufig nur eine geringe Strafwürdigkeit des Unterlassenden zur Folge hat (1). Ob solche Fälle überhaupt noch gesetzlich berücksichtigt werden sollten, mag hier dahingestellt bleiben (2).
Bedenken müssen jedoch gegen die Strafmilderungsklausel erhoben werden, wie sie das 2. StrRG in § 13 Abs.2 in Abänderung des ursprünglichen Entwurfes 1962 und entgegen dem § 12 des Alternativentwurfes vorsieht (3). Mit der Bestimmung, "die Strafe kann ... gemildert werden", schafft der Gesetzgeber bei den Unterlassungsdelikten wieder das Richterrecht, welches durch die Aufnahme des § 13 in das Strafgesetz gerade beseitigt werden sollte. Denn durch die Klausel wird weitgehend dem Richter

---

1) vgl. Schwarz, Diss., S. 165 ff und Schünemann S. 317 f, die aus diesem Grunde die Ingerenz in die besondere Kategorie der "nicht begehungsgleichen Garantenpflicht" einstufen wollen.
2) vgl. Baumann, Lehrbuch, S. 658, der für einen eng umgrenzten Strafrahmen eintritt.
3) Zudem besteht die Gefahr, daß die generelle Milderungsklausel falsch verstanden und aus ihr eine grundsätzlich geringere Strafwürdigkeit des Unterlassens abgeleitet wird; als Folge dessen kann die Unterlassungsdogmatik auf unrichtigen Voraussetzungen aufgebaut werden - vgl. nur Herzberg, Unterlassung, S. 263 zu Anm. 2o und S. 271 ff

überlassen, wie er die Unterlassung bestraft, und das Gesetz begibt sich der Möglichkeit, auch nur wegweisend die Entscheidung der Gerichte zu beeinflussen.

Daher muß eine solche Strafmilderungsklausel, die eine ganze Deliktsgruppe erfassen soll - und nicht nur ein bestimmtes Delikt, wie die ohnehin umstrittenen ungeschriebenen Strafänderungsgründe (1) -, die Milderungsgründe konkretisieren, wenn der Gesetzgeber nicht die ganze Gruppe in freies Richterrecht entlassen will.

Wie diese Konkretisierung im einzelnen geschehen sollte, kann hier nicht dargelegt werden. Nur das folgende sei noch angemerkt: Die Konkretisierung kann einmal in der Weise erfolgen, daß der Gesetzgeber selbst bestimmte Fälle oder Fallgruppen benennt, die seiner Meinung nach eine geringere Strafe verdienen, als sie im Tatbestand des Besonderen Teils vorgesehen ist - etwa in Fällen der Ingerenz oder anderer "schwacher Garantenpflichten" (2), oder bei allen Fällen der unterlassenen Hilfeleistung im Gegensatz zur Unterlassung von Handlungen, die der Täter aufgrund seiner gesellschaftlichen Einordnung ständig vornehmen muß (3).

---

1) Baumann, Lehrbuch, S. 682 und 690; Jescheck, Lehrbuch, § 79 I 2; Schönke-Schröder, § 13 RN 42 - 45. Bezeichnenderweise hat sich der E 1962 hierbei von der Unbestimmtheit gelöst und ist zu Regelbeispielen übergegangen bzw. vermeidet solche Änderungsklauseln überhaupt.

2) vgl. oben S. 472 Anm.1

3) Z.B. die Mutter hält das Kind nicht vor dem heranbrausenden Auto zurück - dagegen: die Mutter füttert ihr Kind nicht; oder der Schrankenwärter schließt vor dem Zug nicht die Schranke - dagegen: der Schrankenwärter hilft nicht, das Auto von den Gleisen zu schieben.

Zum anderen könnte das Gesetz ohne nähere Benennung auf Fallgruppen oder Merkmale hinweisen, die von der Lehre als weniger strafwürdig erkannt und herausgearbeitet worden sind. Davon kann aber heute noch keine Rede sein, so daß eine solche gesetzgeberisch zurückhaltende Regelung erst nach einer gründlichen, daraufhinzielenden Untersuchung der Unterlassungsdelikte möglich wäre.
Solange sie noch nicht vorliegt, kann eine allgemein gehaltene Strafmilderungsklausel, wie sie in § 13 Abs.2 des 2. StrRG vorgesehen ist, keinerlei Fortschritt bedeuten.

L e b e n s l a u f

Am 31. März 1943 wurde ich in Nienburg/Weser geboren als zweiter Sohn des Steuerbevollmächtigten Erwin Busse und seiner Ehefrau Gertrud Busse, geb. Lühning. Ich besuchte dort von 1949 bis 1953 die Volksschule und von 1953 bis 1962 ein naturwissenschaftlich-neusprachliches Gymnasium. Den anschließenden verlängerten Wehrdienst bei der Bundeswehr beendete ich am 31. März 1964 als Reserveoffizier.

Vom Sommersemester 1964 bis zum Wintersemester 1965/66 studierte ich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg Rechts- und Staatswissenschaft sowie Betriebs- und Volkswirtschaftslehre; das Jurastudium setzte ich im Sommersemester 1966 an der Georg-August-Universität in Göttingen fort und beendete es am 13. Juni 1969 mit der ersten Juristischen Staatsprüfung und der Note "befriedigend" vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Celle.

Am 18. Juli 1969 heiratete ich die Realschullehrerin Viktoria Warlimont.

Herr Prof. Dr. Claus Roxin gab mir aufgrund meiner Prüfungsleistungen das Thema der vorliegenden Dissertation. Dank eines neunmonatigen Promotionsstipendiums der Universität Göttingen konnte ich bis zum November 1970 ausschließlich an dieser Dissertation arbeiten; während des anschließenden

juristischen Vorbereitungsdienstes, den ich am 25. Oktober 1973 vor dem Landesjustizprüfungsamt Hannover mit der Note "gut" abschloß, führte ich die Arbeit zuende.

Wunstorf, im Dezember 1973